

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

HELOISA CHAVES ABATTI

**TRATAMENTO EQUIPARADO ENTRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO
COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE EM FACE DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL:
Análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça da Região Sul acerca do artigo 1.790 do
Código Civil de 2002**

FLORIANÓPOLIS

2016

HELOISA CHAVES ABATTI

**TRATAMENTO EQUIPARADO ENTRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO
COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE EM FACE DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL:
Análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça da Região Sul acerca do artigo 1.790 do
Código Civil de 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Renata Raupp Gomes.

FLORIANÓPOLIS

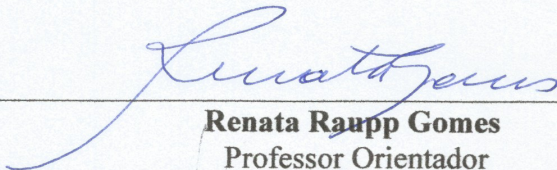
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

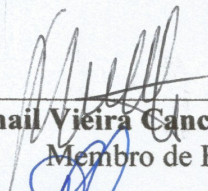
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**TRATAMENTO EQUIPARADO ENTRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE EM FACE DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL: Análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça da Região Sul acerca do art. 1.790 do Código Civil de 2002**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Heloisa Chaves Abatti**, defendido em **08/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

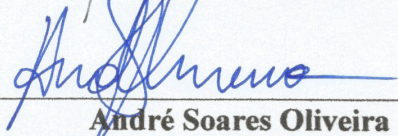
Florianópolis, 08 de julho de 2016



Renata Raupp Gomes
Professor Orientador



Mikhail Vieira Cancelier de Olivo
Membro de Banca



André Soares Oliveira
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Apenas um sonho que se sonha junto é realidade. Por esse motivo, reconheço o auxílio de pessoas tão especiais, que estiveram ao meu lado a todo momento.

Agradeço, primeira e principalmente, aos meus pais, Leopoldo e Rosana, por todo amor, carinho e preocupação em me dar uma educação de qualidade. Vocês são exemplos de seres humanos para mim, que demonstram que nós somos capazes de superarmos qualquer obstáculo em nossos caminhos para obtermos nossos objetivos e nossa felicidade. Essa conquista eu consegui graças a vocês.

Ao meu irmão Bruno, que é totalmente diferente de mim (para não dizer o oposto). Apesar das nossas desavenças, tenho grande admiração pelos teus talentos.

Ao Desembargador Monteiro Rocha e toda sua equipe, especialmente Juan, Franciane e Carlos, por toda a paciência e colaboração em meu aprendizado. Obrigada pela confiança, por me fazerem ter contato com a prática jurídica civil, por serem profissionais tão dedicados e amigos especiais.

Ao Doutor Paulo Antônio Günther e suas assistentes Melina, Maura e Taiara, muito obrigada pela oportunidade de estágio, pelas conversas, pelo conhecimento em Direito Penal, pela contribuição em minha formação acadêmica. Sou grata em poder finalizar minha graduação com pessoas tão qualificadas e queridas.

Às minhas amigas Alyssa, Sarah, Mariana, Gabriela, Jéssica, Isadora, Laura, Alice, Clarice, Manuela Oliveira, Manuela Coelho, Luiza Felipe. Obrigada por estarem presentes há tantos anos em minha vida, dando apoio em minhas escolhas.

Aos meus colegas Fernanda Ruy, Fernanda Damasco, Raul, Ana Paula, Júlia, Marcelo, Thayse, Tainara, Diogo, João Victor. Sou muito grata por ter tido o privilégio de compartilhar essa caminhada na faculdade com pessoas tão únicas. Obrigada por toda amizade, companheirismo e amparo. Não teria sido o mesmo sem vocês.

Ao Gilmar, por ser a melhor dupla que eu poderia ter nas agitadas manhãs do EMAJ. Obrigada pela parceria e por ser um amigo tão único.

À professora Renata, por todos os ensinamentos e orientação. Tenho grande admiração por sua pessoa e pelo interesse e dedicação na matéria lecionada.

*A essência da vida é andar para a frente;
sem possibilidade de fazer ou intentar marcha a trás.
Na realidade, a vida é uma rua de sentido único.
(Agatha Christie)*

RESUMO

ABATTI, Heloisa Chaves. **TRATAMENTO EQUIPARADO ENTRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE EM FACE DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL: Análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça da Região Sul acerca do artigo 1.790 do Código Civil de 2002**. 2016. 71 p. (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2016.

A partir de uma análise da constituição familiar ao longo da história, foi possível constatar que a família por excelência era apenas proveniente dos laços matrimoniais, ainda que simultaneamente existentes outras modalidades, que eram vistas como relações irregulares, contrárias aos bons costumes. Essa percepção, contudo, modificou-se com a evolução da sociedade e dos seus costumes, rompendo-se os paradigmas tradicionais que caracterizavam o núcleo familiar e, assim, o afeto passou a ser o valor predominante, que possibilitou o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares. A partir daí, a união estável passou a receber o devido tratamento, sendo finalmente reconhecida como instituto familiar, dotada de especial proteção do Estado, com o advento da Constituição de 1988. Com isso, houve a posterior regulamentação legal do instituto com as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, que enfim determinaram os direitos e deveres dos companheiros, muito semelhantes àqueles concedidos aos cônjuges. Apesar do progresso das legislações infraconstitucionais, o Código Civil de 2002 retrocedeu sobremaneira ao dispor sobre o direito sucessório dos companheiros, este totalmente diferenciado e desigual com relação ao dos cônjuges. É por isso que se objetiva, com o presente trabalho de conclusão de curso, fazer uma verificação comparativa entre as sucessões dessas entidades familiares, trazendo uma análise do direito de família e sucessões sob o prisma constitucional, para que se demonstre a possibilidade do tratamento sucessório equiparado entre casamento e união estável. Após elencadas as principais críticas ao direito sucessório do companheiro, presente no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, faz-se, por fim, uma análise jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Palavras-chave: Família. Casamento. União estável. Sucessões. Companheiro. Inconstitucionalidade. Igualdade.

ABSTRACT

ABATTI, Heloisa Chaves. **EQUAL TREATMENT BETWEEN THE SUCCESSION LAW OF FELLOW AND SPOUSE IN FACE OF CONSTITUTIONAL ISONOMY: Jurisprudential analysis of the South Courts of Justice about the article 1790 of the Civil Code of 2002.** 2016. 71 p. (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2016.

From an analysis of the family constitution throughout history, it was established that the family par excellence was just coming of wedlock, although both existing other arrangements, which were seen as irregular relations, contrary to good morals. This perception, however, has changed with the evolution of society and its customs, breaking traditional paradigms that characterized the household and thus the affection became the predominant value, which enabled the recognition of pluralism of entities relatives. From there, the stable union was receiving proper treatment, finally being recognized as a family institute, endowed with special state protection, with the advent of the Constitution of 1988. This led to the subsequent legal regulation of the institute with the Laws n . 8.971/94 and 9.278/96, which finally determined the rights and duties of fellow, very similar to those granted to spouses. Despite the progress of infra-constitutional legislation, the Civil Code of 2002 greatly receded to provide for the succession rights of fellow, this fully differentiated and unequal with respect to the spouses. That's why we aim, with this work of completion of course, make a comparative analysis between the successions of these family entities, bringing an analysis of family law and inheritance under the constitutional perspective, in order to demonstrate the possibility of inheritance treatment equated between marriage and stable union. After listed the main criticism of the law of succession fellow, this in Article 1.790 of the Civil Code of 2002, is made, finally, a judicial review of the constitutionality of the device.

Keywords : Family. Marriage. Stable union. Successions. Life partner. Unconstitutionality. Equality.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. = artigo

Arts. = artigos

CRFB = Constituição da República Federativa do Brasil

CC/2002 = Código Civil de 2002

CC/1916 = Código Civil de 1916

STF = Supremo Tribunal Federal

TJSC = Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJPR = Tribunal de Justiça do Paraná

TJRS = Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	13
1.1 A constituição familiar ao longo da história.....	14
1.1.1 A família no Direito Romano.....	15
1.1.2 A família no Direito Canônico.....	17
1.1.3 A família no Direito Português.....	19
1.1.4 A família no Direito Brasileiro.....	20
1.2 A união estável enquanto entidade familiar constitucional.....	24
1.3 Os direitos e deveres dos companheiros no atual ordenamento jurídico brasileiro..	27
1.3.1 As mudanças do direito do companheiro após a Lei 8.971/1994.....	28
1.3.2 A Lei 9.278/1996 e a regulamentação do § 3º, do artigo 226, da Constituição da República Federativa do Brasil.....	30
1.3.3 A união estável no Código Civil de 2002.....	32
CAPÍTULO 2 – A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL.....	37
2.1 Visão geral sobre o Direito das Sucessões.....	37
2.2 Principais aspectos do direito sucessório do cônjuge.....	40
2.3 Sucessão decorrente da união estável.....	45
CAPÍTULO 3 – EXAME DO CARÁTER DISCRIMINATÓRIO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO SUL SOBRE O TEMA.....	49
3.1 O Direito de Família e Sucessões sob o prisma constitucional.....	49
3.2 Críticas ao direito sucessório do companheiro na legislação civil atual.....	53
3.3 Análise jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	58
3.3.1 Entendimento da jurisprudência catarinense: exame minuciado da Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2/0001.00.....	59
3.3.2 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná e a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	62
3.3.3 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a constitucionalidade do artigo 1.790, <i>caput</i> , e incisos III e IV do Código Civil de 2002.....	63

CONCLUSÃO.....	66
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	69
-------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O propósito do corrente trabalho de conclusão de curso será examinar se a sucessão hereditária do companheiro, disposta no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, está em conformidade com os preceitos constitucionais, tendo em vista que existem diferenças com relação ao direito sucessório do cônjuge. Para isso, far-se-á uma análise das jurisprudências dos Tribunais de Justiça da Região Sul sobre a temática.

Com a finalidade de se adentrar na problemática acerca do tratamento diferenciado entre a sucessão do cônjuge e do companheiro é de grande importância a evolução dos institutos familiares no decorrer dos anos, uma vez que a família está intimamente ligada aos parâmetros da sucessão.

O conceito de família, por muito tempo, esteve atrelado apenas aos laços matrimoniais, fato que se modificou diante das alterações sociais e culturais no decorrer dos anos. O núcleo familiar passou a ser constituído, também, pela união livre de pessoas, sem as formalidades exigidas pelo casamento.

O reconhecimento expresso da relação concubinária enquanto família no direito brasileiro só ocorreu com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Isso fez com que ocasionasse na posterior edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96, responsáveis por sistematizar e garantir os direitos e deveres dos companheiros.

Em sentido totalmente oposto aos progressos constitucional e infraconstitucional conquistados, o Código Civil de 2002 foi incongruente ao distinguir os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, fato que é alvo de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A questão central debatida diz respeito à possibilidade de equiparação da união estável ao vínculo matrimonial quanto à tutela sucessória, o que será abordado no decorrer dessa monografia.

Tendo em vista esse panorama, de modo a se tentar compreender o motivo pelo qual o casamento sempre foi visto como a entidade familiar por excelência, tratar-se-á, no primeiro capítulo, sobre a formação da família em algumas civilizações que influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, como o direito romano, o direito canônico e o direito português. Em seguida, será abordado o tópico referente à inserção da união estável como instituto familiar na Constituição de 1988, o que foi de grande importância para abolir eventuais resquícios de intolerância ainda existentes. Após, explanar-se-á sobre a

regulamentação da união estável, seus direitos e deveres, nas legislações 8.971/94 e 9.278/96 e, posteriormente, no Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, depois de elencados os aspectos gerais relativos ao direito sucessório como um todo, será realizada uma análise do direito sucessório do cônjuge, para então se adentrar no tópico sobre a sucessão do companheiro. Isso será importante para verificar se há realmente uma diferenciação entre ambos, que justifique a valorização da tutela sucessória daqueles que contraíram núpcias.

Com o intuito de finalizar o estudo, o terceiro capítulo será primeiramente dedicado a uma visão constitucional dos Direitos de Família e Sucessões, para que se compreendam as críticas doutrinárias a respeito do direito sucessório do companheiro na legislação civil brasileira atual. Também será articulado acerca da eventual preferência do legislador ao casamento e sobre a problemática da hierarquização das entidades familiares, com base no artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por último, serão esmiuçadas as jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, e respectivos argumentos adotados por seus julgadores no que tange à constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Enfim, ressalta-se que o trabalho será realizado com base no método dedutivo, por meio de pesquisas na lei, na doutrina e na jurisprudência, para que seja possível uma comparação entre todos os entendimentos sobre a temática.

CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

A família é fenômeno humano, biológico e social, responsável por compor a estrutura básica da coletividade. Como assinala Gustavo Tepedino (1999, p. 326), “o conceito de família é relativo, altera-se continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade e, assim, qualquer análise não pode prescindir de focar o momento histórico e o sistema normativo em vigor”. Além disso, a sua orientação engloba um complexo de fatores econômicos, sociais e jurídicos, os quais se alteram conforme a “localização geofísica, os costumes, as tradições, os cultos e religiões, o regime de governo e o estágio de desenvolvimento de cada região ou país” (DAL COL, 2002, p.17).

Durante muito tempo, entendia-se que apenas o casamento era meio idôneo capaz de constituir família e, portanto, passível de reconhecimento pelo legislador, pela Igreja e pela sociedade. É por esse motivo que o concubinato, por mais que tenha sempre existido e caminhado junto com a evolução humana, principalmente após o advento do Cristianismo, era visto com maus olhos, na condição de atividade ilícita extraconjugal, contrário a moral. Embora o sentido mais conhecido da palavra concubinato esteja ligado a sua espécie impura, enquanto relacionamento adulterino, incestuoso ou desleal, não se pode esquecer ou confundir com a sua modalidade pura, a qual se caracteriza pela união duradoura, sem casamento, porém com o mesmo objetivo de constituir família e, portanto, merecedora de especial proteção e regulamentação estatal.

Como bem salienta Pereira (2003, p. 43), o vocábulo concubinato, “embora amplamente utilizada entre nós, profissionais do Direito, é sempre evitado pelos leigos e, principalmente, entre aqueles que têm essa forma de vida”. E continua seu raciocínio ao dizer que

não é em vão e a troco de nada a recusa das pessoas de se nomearem concubinos/concubinas. É preciso entender isso. Ou, mais que entender, ver a carga de preconceito que se instalou ao longo do tempo sobre tal palavra e o peso que ela passou a ter. Antes de ter sentido técnico-jurídico, esse termo é a indicação de um modo de vida ou um estado, a marca de um (pré)conceito que vem se formando ao longo do tempo. Nomear uma mulher de concubina é socialmente uma ofensa. É como se se referisse à sua conduta moral e sexual de forma negativa (PEREIRA, 2003, p. 43).

Assim, falar em concubinato, até certo período, era uma terminologia que não era utilizada para designar relações afetivas com o objetivo de estabelecer família. Apenas com o advento da Constituição de 1988 é que o legislador brasileiro substituiu a palavra

“concubinato” pelo termo “união estável”, com o claro objetivo de querer desvincular o preconceito existente para reconhecer igualmente essa forma de constituição familiar, dotada de especial proteção do Estado.

Desse modo, “toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana – violando a *ratio* constitucional” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 459).

1.1 A constituição familiar ao longo da história

O modelo tradicional de família era constituído pela união de um homem e uma mulher através do matrimônio, com o objetivo de perpetuar a espécie. Desse modo, integravam o instituto familiar apenas marido, mulher e filhos, bem como as pessoas denominadas de parentes naturais (avós, irmãos, tios, sobrinhos, primos, netos, etc.) ou civis (sogros, genros, noras, cunhados, etc.). Ademais, “sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher - poder marital, e sobre os filhos - pátrio poder” (LÔBO, 2011, p. 18).

No Brasil – e em praticamente todo o mundo ocidental – isso não foi diferente, ante o fato da organização do instituto familiar ter se espelhado na família romana patriarcal. Dessarte, entendeu-se, até o advento da Constituição Federal de 1988, que a família era constituída de “pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado” (PEREIRA, 2003, p. 08).

Pode-se observar, todavia, que o ideal clássico de família modificou-se no mundo atual, sendo até reinventado, fato que o fez adquirir um perfil multifacetário. Isso porque a sociedade passou a ser mais tolerante, democrática e liberal, objetivando o respeito mútuo e a preservação das liberdades individuais. Assim, a entidade familiar hoje não está mais necessariamente ligada ao trinômio casamento-sexo-reprodução, mas sim ao vínculo afetivo. Dispõe, nesse sentido, Maria Berenice Dias (2004, p. 32) que

no contexto de um mundo globalizado, com a emancipação feminina, a evolução dos costumes e os avanços da engenharia genética, foram rompidos os três paradigmas a que estava condicionada a família: casamento, sexo e reprodução. O casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, o sexo deixou de ter lugar exclusivamente no matrimônio e o contato sexual se tornou dispensável para a procriação.

Em decorrência disso, encontrar termos que definam as relações em que “a diferença de sexos não é elemento essencial, e o vínculo biológico não serve como fator exclusivo para a determinação da filiação” (DIAS, 2004, p. 32) é instigante, de modo que o pluralismo das formas familiares na atualidade tendem a ir pelo caminho do amor, *affectio*, cuja união se dá por laços de liberdade e responsabilidade.

Houve, então, uma flexibilização dos fundamentos familiares, ocasionando-se a visibilidade de relacionamentos antes considerados clandestinos e desprezados, bastando, apenas, o propósito de ter uma vida em comum e o afeto entre seus membros.

1.1.1 A família no Direito Romano

Primeiramente, é de suma importância analisar-se as influências do Direito Romano na formação da entidade familiar, enquanto berço da civilização ocidental. Nesse povo, “as pessoas componentes da família encontravam-se sob o *patria potestas* do ascendente comum mais velho”, o qual “tinha poder sobre todos os descendentes não emancipados e sobre as mulheres casadas com *manus* com os descendentes” (WALD, 1973, p. 24). Consequentemente, o amparo da família romana estava longe de ser o afeto natural, sendo, pois, o poder marital ou o poder paterno, de maneira que o pai era um ser superior a sua mulher e aos seus filhos. É por isso que Fustel de Coulanges (1998, p. 59) diz que a união dos membros família antiga “foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do lar e dos antepassados é que se encontra esse poder”.

Consoante Azevedo (2000, p. 11), o fundamento da família e da sociedade romana, “foi, sem dúvida, o casamento (*iustae nuptiae*), embora tenha esta admitido efeitos jurídicos de caráter pessoal e patrimonial, semelhantes aos do matrimônio, também ao concubinato”. No mesmo sentido está o entendimento de Dal Col (2002, p. 27) ao dizer que “passam os romanos a visualizar no casamento uma consequência da *affectio*, elemento indispensável para sua celebração e continuidade”.

O casamento era considerado como a união entre homem e mulher com o objetivo de estabelecer comunhão de vida íntima e duradoura, motivo pelo qual, no que diz respeito ao seu conceito, é possível colher dois elementos distintos, sendo um objetivo e outro subjetivo, quais sejam: a) a convivência duradoura do marido e da mulher; b) a afeição marital (*affectio maritalis et uxoris*). A coexistência dos esposos não se baseava apenas no simples acordo de matrimônio, mas em uma série de fatos como a coabitação, a constituição de dote e a posição

social. Já a intenção dos cônjuges em se considerarem marido e mulher nada mais é do que a comunhão assistencial, de ordem material ou espiritual.

Ao contrário do que há hoje no casamento civil, era totalmente dispensável qualquer tipo de celebração oficial pelo Estado Romano para tornar o matrimônio válido, uma vez que se trata de um estado de fato, regulado por normas éticas e morais, de importância social apenas. É possível, contudo, que ocasione efeitos jurídicos por reflexo, de modo que o ordenamento jurídico apenas fosse responsável por limitar a ação do reconhecimento exterior do instituto, ampará-lo e completá-lo, sem nunca intervir na livre vontade dos nubentes. É por esse motivo, ainda, que a celebração, dissolução e proteção do matrimônio estavam presentes no campo da ética.

Três eram os requisitos necessários para que o casamento romano fosse justo ou legítimo – a) o consentimento recíproco dos nubentes, ou de seus *patres*; b) a puberdade e a nubilidade dos esposos; e c) o *ius conubii* (*status civitatis* e *status libertatis*, simultaneamente) –, sendo que poderia implicar ou não a submissão da mulher à autoridade do *pater familias* de seu marido, ou seja, *cum* ou *sine manu* (AZEVEDO, 2011, p. 25).

A *conventio in manum* ocorria quando a mulher ingressava na família de seu esposo, rompendo quaisquer laços existentes com seus parentes de origem, independentemente dela estar unida pelo matrimônio com o chefe do grupo patriarcal. Isso ocasionava, também, a passagem de todos os bens – presentes ou futuros – para o patrimônio de seu marido e, juridicamente, ela passava a ser filha deste e irmã de seus filhos.

As Institutas de Gaio (I, 110 a 113) retratam e explicam os modos pelos quais o casamento *cum manu* era realizado, pelo *farreum*, *coemptio* ou *usus*. A primeira manifestava-se sob a forma de rituais sagrados, destinada ao matrimônio do patriciado – é, fielmente, um casamento religioso. Já a *coemptio* (casamento civil) e o *usus* possuem analogia com o modo de aquisição de propriedade das coisas, sendo a mulher alienada por venda ou por posse, respectivamente. Entretanto, com o decorrer do tempo, tornou-se mais usual um casamento conforme a livre vontade dos cônjuges, sem grandes formalidades (casamento *sine manu*), não existindo mais a sujeição da mulher e de seus bens à família do marido.

Quanto às causas de dissolução das bodas, Paulo as enumera no Digesto (24, 2, 1), sendo a morte, a incapacidade superveniente (perda da liberdade ou cidadania ou impedimento especial) e o divórcio. Importante ressaltar que, na condição de fato social, o casamento, bem como sua ruptura, prescindem de algum decreto do magistrado, pois se

resume a uma atividade privada. Desse modo, “como fato, o casamento, embora produzindo efeitos jurídicos, continuava sempre fato, que poderia vir a desaparecer, dissolvendo-se pela simples vontade de um ou de ambos os cônjuges, independentemente da atuação de qualquer órgão judiciário oficial” (AZEVEDO, 2000, p. 21).

Ao lado da união marital, existiam mais três tipos de uniões constitutivas de famílias: a dos peregrinos (*iniustum*), a dos escravos (*contubernium*) e a dos concubinos (*concubinatus*). Aqui importa ressaltar o concubinato, o qual possui grande importância para o reconhecimento da entidade conhecida atualmente como união estável. A relação entre os concubinos não era proibida, nem contrária a moral, uma vez que se tratava da convivência estável entre homem e mulher, livres e solteiros, como se casados fossem, porém sem *affectio maritalis e honor matrimonii*.

A origem dessa união, enquanto instituto jurídico, está ligada, ainda que de modo indireto, a *Lex Iulia de Adulteriis*, legislação matrimonial do Imperador Augusto, a qual isentava de penalidade a relação concubinária. Todavia, os imperadores cristãos consideraram imoral o concubinato, tolerando-o até a época do Imperador Leão, o sábio, que o aboliu. No mesmo sentido posicionou-se o Imperador Constantino, responsável por incentivar os concubinos a contraírem núpcias, sob o argumento de que seus filhos poderiam, assim, ser legítimos e pertencentes à família do pai.

Como se vê, concubinato e união estável andavam lado a lado na condição de entidades familiares na época do Império Romano, diferenciando-se com relação a certos aspectos formais reservados ao matrimônio, instituto que era consagrado como modelo tradicional de família. Esse posicionamento acompanhou as civilizações no decorrer dos anos, alterando-se, concretamente, apenas no período contemporâneo.

1.1.2 A família no Direito Canônico

A religião também foi importante fator a influenciar a família, sobressaindo, principalmente, o catolicismo. Colhe-se dos ensinamentos bíblicos que Jesus defendia o caráter indissolúvel do casamento monogâmico, ao asseverar não são mais dois, mas uma só carne e, portanto, o que Deus uniu, o homem não irá separar. Desse modo, para a doutrina católica, o matrimônio era um instituto de direito divino natural, motivo pelo qual era repudiável o divórcio, considerado “contrário à própria índole da família e ao interesse dos

filhos, cuja formação prejudica” (WALD, 1973, p.27). Para Czajkowski (2000, p. 56), nesse sentido,

a influência cada vez maior da igreja Católica no âmbito das relações familiares e a sacramentalização do casamento, aliado à sua reconhecida posição contra quaisquer uniões extramatrimoniais, orientou toda a Idade Média, e mesmo períodos subseqüentes, num sentido de grave repressão a quaisquer uniões concubinárias, jogando-as na vala comum do incesto, do adultério e do homossexualismo, para a todos, condenar indistintamente.

O Direito Canônico fez com que o casamento religioso fosse o único sacramento conhecido na Idade Média, de caráter indissolúvel, cujo elemento intrínseco que o constituía era o consentimento dos nubentes, evidenciando a natureza contratual do instituto. Era necessário apenas que as partes expressassem por sinais ou palavras a sua anuência. Assim, existiam quatro elementos formadores do casamento, porém que não ocasionavam a sua nulidade em caso de inobservância: o consentimento dos esposos; a cópula (*copula carnalis*); as promessas do matrimônio (*sponsalia per verba de futuro*); e a bênção nupcial.

Em sentido oposto às rigorosas exigências da Igreja Católica, as doutrinas protestantes pregavam o entendimento de que cabia ao Estado regular e legislar sobre o casamento. Isso gerou, contra essas posturas reformistas, a resposta da autoridade eclesiástica dominante através do Concílio de Trento, o qual estipulou a competência única e exclusiva do clero no que diz respeito aos assuntos atinentes ao matrimônio. “Caracterizou-se, ainda, o casamento como ato solene, devendo ser precedido de publicidade e só se permitindo a coabitação dos nubentes após terem recebido a bênção nupcial” (DAL COL, 2002, p. 32).

Em razão disso, Dal Col (2002, p. 32) afirma que qualquer tipo de relação extraconjugal não era considerado como instituto familiar, uma vez que “o concubinato assume o caráter de relação espúria, condenada pela Igreja e inábil para os fins de outorgar ao casal as bênçãos Divinas”. O Cristianismo foi encarregado de combater o concubinato, especialmente “pelas figuras de Santo Agostinho e de Santo Ambrósio, sendo de notar-se que essa reprovação acentuou-se nos Concílios de Toledo, em 400 d.C., da Basileia, em 431 d.C., e de Latrão, no ano de 1516” (AZEVEDO, 2011, p. 132).

Cumpr-se salientar que o direito canônico em seus primórdios não desconsiderava o concubinato enquanto instituição legal, mas apenas não o reconhecia como forma de constituição de família. Tanto que Santo Agostinho permitia o batismo da concubina para os casos em que se comprometesse a não abandonar seu companheiro. O aludido Concílio de Toledo também admitia a união monogâmica entre o homem e sua concubina, desde que ele não fosse casado e a junção fosse perpétua. Tal posição foi adotada apenas até o advento do

Concílio de Trento, o qual, como já dito, obrigou a celebração formal do casamento, proibindo-se o instituto amoroso presumido.

1.1.3 A família no Direito Português

É importante destacar, também, a influência do Direito Português na formação do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange especificamente ao Direito de Família. A legislação portuguesa não trazia praticamente nenhuma informação a respeito do matrimônio, matéria cujo tratamento ficou sob a responsabilidade do direito canônico, das Constituições dos Bispos e das autoridades eclesiásticas, ante o poder que a Igreja tinha no decurso da Idade Média (AZEVEDO, 2011, p. 57).

Antes do Concílio de Trento, a Igreja não estipulava qualquer forma predeterminada de solenidade matrimonial, apenas fazendo referências às leis romanas. Assim, não existia qualquer formalidade essencial, seja de índole civil ou religiosa, para que houvesse a celebração do casamento, de modo que, na condição de puro ato de natureza privada, só necessitava da simples troca de consentimento entre os nubentes.

No geral, três eram os tipos de casamento durante a era medieval portuguesa (o casamento de bênção; o casamento de pública fama; e o casamento a furto ou de juras), porém com conceito jurídico social único, encontrado no campo religioso, que era a bênção do sacerdote para apenas ratificar o matrimônio, sob pena de excomunhão (casamento a furto ou de juras). A diferença entre os casamentos clandestinos e o casamento de pública fama é muito tênue, de modo que este seria a “posse de estado”. Afirma-se, ainda, que era de difícil comprovação os casamentos naquela época, uma vez que eram inúmeros os matrimônios clandestinos ou sem elementos suficientes de publicidade.

Depois, durante a Idade Moderna, período caracterizado pelas ordenações lusitanas, o contrato de casamento se fazia entre os consortes e seus pais ou parentes, sendo que era previsto também a punição pela bigamia, ainda que se tratasse de matrimônio provado por testemunhas. Com a implantação do Concílio de Trento, foi estabelecido que os párocos tivessem um livro para assentar os casamentos, com o respectivo lugar, tempo e nomes das testemunhas, o que fez com que as núpcias somente fossem comprovadas através de certidão emitida pelo clérigo.

Atualmente, o Código Civil português (aprovado pelo Decreto-lei 47.344, de 25/11/1966) admite duas modalidades de casamento, o católico e o civil, “estabelecendo que

as pessoas ligadas por casamento civil não dissolvido podem contrair o casamento católico, averbando-se à margem do assento (dualidade de casamento)” (AZEVEDO, 2000, p. 26). Em outro viés, o casamento católico apenas pode ocorrer quando preenchido o requisito da capacidade matrimonial exigida na lei civil, feito comprovado através do processo preliminar de publicações e, então, remetido ao padre, que irá posteriormente celebrar a união.

1.1.4 A família no Direito Brasileiro

Como já apontado, a união livre entre homem e mulher, sem as formalidades exigidas no casamento, sempre foi exceção a regra de constituição familiar. É por isso que no Direito Brasileiro “só recentemente se consolidou essa realidade social milenar, como instituto protegido pelo ordenamento jurídico positivo” (DAL COL, 2002, p. 34).

Quando o Brasil foi descoberto, estava em vigor no reino português o casamento religioso devidamente regulado pelo Direito Canônico, ou seja, conforme a religião católica. Era tanta a influência da Igreja que a Constituição Imperial de 1824 previa o catolicismo como religião única. Entretanto, a Carta Constitucional do Império, por ser marcadamente liberal e individualista, não possuía qualquer dispositivo acerca do instituto familiar, tema que ficou a encargo das Ordenações Filipinas, ainda vigentes à época.

Com o advento da lei de 11 de setembro de 1861, foi possível o casamento entre pessoas adeptas de religiões cristãs apartadas do catolicismo. Porém, no que diz respeito ao “casamento entre os membros das seitas dissidentes, consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento” (PEREIRA, 1889, p. 17-18). Já em 1890, houve finalmente a regulamentação do casamento civil, com o Decreto n. 181, considerando-o obrigatório e revogando, pois, as demais formas de casamento anteriormente admitidas, fato que também foi englobado pela Constituição Republicana de 1891. Diante desse quadro, autores como Washington de Barros Monteiro (1997, p. 73) salientam que, “do ponto de vista estritamente legal, o casamento religioso não passava de mero concubinato, que não gerava qualquer direito”. Retirou-se, assim, o poder da Igreja sobre o matrimônio.

O Código Civil de 1916 (CC/1916) reconhecia apenas o casamento como entidade familiar, motivo pelo qual Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 464) asseveram que “o casamento era a única forma de constituição da chamada ‘família legítima’, sendo, portanto ‘ilegítima’ toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo

afeto”. A família, portanto, tinha uma compreensão exclusivamente casamentária, não se admitindo qualquer outro caso.

Prevvia-se unicamente a certidão de registro como meio idôneo capaz de comprovar a celebração do casamento, porém, em caso de impossibilidade, a jurisprudência da época entendeu ser possível em dois casos restritos a prova pela posse do estado de casado: a) após falecidos os cônjuges, em prol dos seus filhos; e b) em caso de processo judicial sobre o tema, se o juiz tiver dúvida sobre a existência ou legalidade das núpcias, deveria decidir a favor do casamento (*favor matrimonii*). Esse limite ocorria porque “não é a posse que leva ao casamento, conforme o sistema do Código Civil, mas o casamento que, à impossibilidade concreta de outra comprovação, se prova também pela posse do estado” (AZEVEDO, 2011, p. 113).

Vale lembrar que “durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos” (TEPEDINO, 1999, p. 327). Entretanto, ante o sistema matrimonial da época, o qual além de ter dificuldades no que tange ao registro do casamento, possuía empecilhos à separação, surgiram em paralelo relações concubinárias para constituir família. Sobre o tema, Farias e Rosenvald (2014, p. 465): “considerando que o casamento tinha caráter indissolúvel, não raro, diversas pessoas – inclusive aquelas cujo casamento terminava de fato, mas não de direito – viviam maritalmente com alguém, mas optando por casar ou, de outro modo, não podendo casar”.

Apesar da realidade fática da sociedade brasileira, não houve qualquer regulamentação sobre o concubinato no CC/1916, sequer proibição. Havia dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, vedando, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão dela como beneficiária de contrato de seguro de vida. “Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum” (GONÇALVES, 2012, p. 188).

Desde a Constituição de 1934 até a atual, as quais englobam o período do Estado social brasileiro (seja de forma democrática, seja de forma autoritária), regularam-se normas explícitas sobre o direito de família. Admitiu-se, com a Constituição de 1934, tanto o casamento civil, quanto o matrimônio religioso com efeitos civis, este desde que adequadamente registrado, uma vez que a família constituída pelo casamento indissolúvel estava sob especial proteção do Estado (art. 144, *caput*). Houve, assim, pela primeira vez a

referência ao amparo da família pelo ente estatal, sendo que do mesmo modo dispunham as Cartas Constitucionais dos anos de 1937, 1946 e 1967.

O autoritarismo da era Vargas, peculiaridade presente na Constituição “Polaca” do ano de 1937, fez com que a educação fosse dever dos pais, os filhos naturais equiparados aos legítimos e o Estado assumisse a tutela das crianças em caso de abandono por seus genitores. Em contrapartida, a Carta Constitucional democrática de 1946 estimulou a prole numerosa e assegurou assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Além do mais, destaca-se que em 1977, surgiu a Lei do Divórcio, a qual possibilitou o advento do divórcio no Brasil, anteriormente chamado “desquite”. Acerca disso, relevante posicionamento de Clóvis Beviláqua, crítico ao sistema até então vigente, conforme citado por Adahyl Lourenço Dias (1975, p. 50), afirma que:

O argumento que se levanta contra ele desquite é que o celibato forçado produz uniões ilícitas. Mas essas uniões ilícitas não são consequência do desquite, e sim da educação falsa dos homens. Não é com o divórcio que as combateremos, e sim com a moral; não é o divórcio que as evita, e sim a dignidade de cada um. E é curioso que se lembrem de evitar as uniões ilícitas com o divórcio, quando este é, principalmente, o resultado das uniões ilícitas dos adúlteros. Não é o celibato forçado um estado contrário à natureza, porque, nas famílias honestas, nele se conservam, indefinidamente, as mulheres. É contrário, apenas à incontinência.

Com relação à jurisprudência da época, é possível colher-se entendimentos no sentido de não se deixar desamparada a família de fato. A Corte Suprema de Justiça exigia para a existência do concubinato uma ligação estável ou, ao menos, a possibilidade de conhecimento dela. Além disso, dever-se-ia ter o objetivo de constituir família, sem afrontar, também, a entidade familiar legítima, sendo inadmissível o adultério. Desse modo, em seu benefício, colhiam-se duas concepções: o direito a salários para a companheira que prestou serviços domésticos ao concubino por muito tempo; e a participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, ante a sociedade de fato. Esse último pensamento foi concretizado, em 1964, na Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual afirma que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Acerca da sociedade de fato entre concubinos, é importante salientar que ela “tem como escopo a constituição da família de fato, com a cooperação dos conviventes, de caráter pessoal e/ ou patrimonial, unidos pela afeição familiar” (AZEVEDO, 2011, p. 185).

Também para o STF, o concubinato existia, independentemente da convivência sob o mesmo teto, consoante elucida a Súmula n. 382, *verbis*: “a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A partir de então, os tribunais do nosso país começaram a admitir os seguintes entendimentos: a) a concubina na condição de beneficiária de seguro de vida, ainda que o homem seja casado, porém separado de fato de sua esposa, com base no art. 1474 do CC/1916; b) possibilidade de doação entre os concubinos, no concubinato puro (art. 1.177 do CC/1916); c) validade de bens deixados no testamento entre concubinos, desde que puro; d) presunção de veracidade de paternidade no caso de nascimento de um filho durante o concubinato exclusivo de seus pais, não havendo prova em contrário.

Diante disso, é possível notar que as Constituições passadas faziam referência somente à proteção da família oriunda do casamento, ao passo que se silenciava sobre o zelo das demais. Isso foi mudando no decorrer da vigência das Constituições de 1934 a 1988, pois “o Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos” (LÔBO, 2011, p. 34). Houve, então, a solidariedade social ou promoção da justiça social, ante o intervencionismo nos institutos familiares: reduziu-se o poder paterno e marital; ocorreu a inclusão dos seus membros; promoveu-se a dignidade humana no espaço familiar; foram asseguradas a liberdade e a igualdade materiais entre seus membros e outras famílias.

Pode-se dizer que, durante praticamente um século (de 1890 a 1988), os ideais que prevaleciam no Direito de Família brasileiro eram os seguintes: a) a família legítima era apenas aquela oriunda do casamento; b) a discriminação dos filhos; c) a direção familiar hierarquizada e patriarcal; d) a indissolubilidade do matrimônio; e) a imoralidade do concubinato (GAMA, 2001, p. 52).

Em contrapartida, a Constituição de 1988, revolucionando o paradigma anterior, foi responsável por expandir a proteção do Estado à família, possuindo aspectos importantes a serem salientados:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. (LÔBO, 2011, p. 35-36)

Assim, a partir da atual Carta Constitucional de 1988, o direito de família não mais girava em torno do casamento, mas dos institutos familiares como um todo, sem qualquer discriminação, passando a abranger as matérias inerentes às entidades familiares, parentalidade, patrimonialidade familiar e tutela. Foi consagrada, pois, ampla definição de família no seu art. 226, como base da sociedade e merecedora de especial proteção estatal, não dependendo do modo pelo qual a união tenha se originado. É por esse motivo que Farias e Rosenvald (2014, p. 467) afirmam que “velhas concepções sobre o Direito das Famílias tiveram de ser abandonadas, inclusive o preconceito em relação ao concubinato, passando a ser priorizado o desenvolvimento da pessoa humana em todos os seus aspectos, em detrimento de vetustas formalidades”.

Após a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) reconhecer o concubinato puro, não adulterino, nem incestuoso – união estável – igualmente como forma de instituição familiar, no art. 226, § 3º, “modificou-se, essencialmente, o entendimento jurisprudencial, ocasionando a regulamentação da união estável pelas legislações de 1994 e 1996” (AZEVEDO, 2011, p. 179). Por conseguinte, o legislador ordinário atribuiu à união estável, no mesmo sentido da Constituição Federal mais recente, *status* similar ao de pessoas casadas, como se verá adiante.

1.2 A união estável enquanto entidade familiar constitucional

É possível fazer a constatação que, até o advento da Carta Constitucional de 1988, as Constituições do país tiveram grande importância no que diz respeito à matéria de família, porém reconhecendo somente o casamento como legítimo instituto familiar. Em conformidade com uma ideologia conservadora, em direção oposta à realidade dos fatos, “os sucessivos textos constitucionais simplesmente ignoraram o instituto do 'companheirismo', considerando-o, assim, excluído da proteção do Estado como instituto criador da família” (GAMA, 2001, p. 54).

Em contraposição ao modelo autoritário de família previsto outrora, a entidade familiar contemporânea, estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), possui como fundamentos o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram. Isso fez com que se expandisse “a noção de família que não mais se limita ao casamento mas também alcança pessoas de sexo oposto, unidas estavelmente sem

casamento e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (LEITE, 1997, p. 13). Corroborando tal entendimento, Lôbo (*in* WAMBIER, 1999, p. 315) salienta que

o princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as Ordenações do Reino, todas as Constituições brasileiras (imperial e republicanas) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uniparental (pai ou mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias - relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos - eram destituídos de direito familiares idênticos.

No mesmo sentido, Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 240) afirma que

tenha-se presente, ainda, que a Constituição de 1988, mencionando em seu *caput* que a família é a “base da sociedade”, tendo “especial proteção do Estado”, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim, porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

Então, a partir da vigência da atual Constituição Cidadã, ao ampliar o conceito de família e de relacioná-la ao afeto, demonstrou-se o grande progresso no que diz respeito ao Direito de Família Brasileiro, principalmente após reconhecer expressamente o companheirismo (chamado de união estável ou até concubinato puro, não adulterino nem incestuoso) enquanto entidade familiar.

Apesar de não haver um conceito único para a união estável, parte-se da ideia central de que é a convivência duradoura entre homem e mulher, não adulterino e não incestuoso, com ambos vivendo ou não sob o mesmo teto, constituindo família sem vínculo matrimonial.

Além do mais, como dito anteriormente, o legislador constituinte substituiu a terminologia “concubinato” pela expressão “união estável”, de modo a extirpar, de uma vez por todas, qualquer resquício de preconceito existente entre as mais variadas formas de constituição familiar. O Texto Constitucional “foi responsável por trazer a terminologia união estável para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 467).

Assim, na união estável, há uma maior liberdade entre os conviventes, sendo que eles vivem como se casados fossem com o objetivo de constituir família, sem que haja, contudo, o estado conjugal. Há apenas a condição convivencial ou concubinária. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 49) considera como características do companheirismo as seguintes: a) finalidade de constituição de família; b) estabilidade; c) unicidade de vínculo; d) notoriedade; e) continuidade; f) informalismo ou ausência de formalidades.

Contudo, apesar de todo o avanço auferido a partir do art. 226, § 3º, da CRFB, obtempera-se a existência de três correntes, as quais tentam explicar a correta interpretação e o alcance da norma constitucional que, além de admitir o companheirismo como família, facilita a sua conversão em casamento. Essa compreensão é importante principalmente no que diz respeito ao direito sucessório, objeto de divergências doutrinária e jurisprudencial.

A primeira corrente, de cunho conservador, afirma que a união estável é um instituto hierarquicamente inferior ao casamento. Isso porque o legislador constitucional, ao reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, também afirmou que deve “a lei facilitar a conversão da união estável em casamento” (art. 226, § 3º, CRFB). Em decorrência disso, a legislação infraconstitucional deve conceder privilégios ao cônjuge, mas não ao companheiro, o qual ocupa posição hierárquica menos elevada. Nota-se, dessa maneira, que é um posicionamento pouco utilizado, uma vez que a família como um todo tem especial proteção do Estado, ante o princípio da pluralidade das formas de família.

Há, também, a corrente que aduz que, apesar de união estável e casamento serem reconhecidos como família, são institutos jurídicos distintos, possuindo estatutos e regras próprios. Dessa maneira, a intenção do legislador não foi igualar as entidades, mas entender que há diferenças básicas e práticas entre eles. Contudo, isso não justifica de maneira alguma tratamentos discriminatórios, os quais são considerados inconstitucionais.

Por último, a terceira corrente entende que união estável e casamento são institutos iguais, sem qualquer distinção. Por isso que seria contrário à Constituição todo tratamento diferenciado na legislação infraconstitucional entre o companheiro e o cônjuge. Ambos precisam ter o mesmo regramento jurídico, independentemente da matéria.

Dito isso, entende-se majoritariamente que, ao determinar que fosse facilitada a conversão da união estável em casamento, “o constituinte almejou, tão somente, tornar menos solene e complexo o matrimônio daquelas pessoas que, anteriormente, já conviviam maritalmente, como se casados fossem” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 460).

Assim, tanto o caput, como o § 3º, do art. 226 da CRFB, consideram a família em sentido amplo, sem qualquer restrição, eis que se pautam especialmente na afetividade. Ainda que existam interpretações restritivas do texto constitucional, deve-se afastar qualquer tratamento desigual entre união estável e casamento, pois o Estado tem a mesma obrigação de proteger ambos.

1.3 Os direitos e deveres dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro

Ainda que a CRFB tenha englobado a união estável como entidade familiar, o casamento ainda é visto como parâmetro para a constituição de família e, por isso, tudo que é regulamentado acerca do companheirismo, tem como base o matrimônio. Os mesmos deveres pessoais de lealdade, respeito e assistência, salvo a coabitação, são exigidos tanto entre companheiros, como entre cônjuges.

A partir do art. 226, § 3º, da *Lex Legum*, infere-se que “o Estado tem a mesma obrigação de proteger o casamento e a união estável” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 460). Nesse sentido, a facilidade em converter a família convivencial em matrimônio não pode significar a atribuição de graus hierárquicos entre as entidades familiares, tendo em vista que ambas dispõem de mesma proteção. Sob esse enfoque, Francisco Cahali (1996, p. 28) aduz que qualquer questão que envolva o Estado e a união estável, tem a obrigação de ser “tratada com equivalência no casamento, já que ambas as uniões são formas de família e, assim a proteção estatal também implica na preservação do companheirismo no que diz respeito ao aspecto moral da relação entre o homem e a mulher”. Ainda, salienta que

com efeito, nenhuma norma ou conduta social poderá oferecer restrições à união estável em cotejo com o casamento, quando tratar de família e de seus reflexos exteriores perante o Estado e a sociedade, sob pena de ser inconstitucional, pela discriminação vetada na Carta, ao se elevar o concubinato à qualidade de entidade familiar, ao lado do matrimônio legítimo e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (1996, p. 28).

Desse modo, a partir da promulgação da atual Carta Constitucional e a nova perspectiva concedida a todas as entidades familiares, fez com que fosse claro o objetivo de situar a união estável ao lado do casamento, tornando legítima a família formada pelos simples laços de afeto. Ficou clara a necessidade de edição de lei específica sobre o companheirismo, de modo a possibilitar a devida adequação jurídico-normativa à realidade fática existente há muito tempo na sociedade brasileira. “O tratamento legislativo não é apenas conveniente, mas indispensável, não somente para fixar os contornos do instituto, como também para cuidar dos reflexos internos do companheirismo” (GAMA, 2001, p. 470). Atende-se, com isso,

aos anseios daqueles que, lesados durante ou após a união extramatrimonial, deduziam suas pretensões em Juízo, buscando reconhecimento do descumprimento dos deveres morais do seu consorte, e não encontravam a solução consentânea com a realidade familiar, e sim dentro do campo obrigacional, mesmo assim após construção jurisprudencial que seu formou paulatinamente no tempo (GAMA, 2001, p. 475).

Para atribuir, então, formalmente o *status* de família, o legislador editou as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. A primeira diz respeito aos direitos dos companheiros aos alimentos e à sucessão, ao passo que a segunda trata acerca da regulamentação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, trazendo novo conceito ao instituto familiar.

Finalmente, com o Código Civil de 2002, houve a incorporação das Leis sobre o companheirismo, as quais foram introduzidas no livro que trata a respeito do Direito de Família (arts. 1.723 a 1.727), bem como na parte sobre alimentos (art. 1.694) e sucessões (arts. 1.790, 1.797, 1.801 e 1.844).

1.3.1 As mudanças do direito do companheiro após a Lei 8.971/1994

A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi de grande importância para os companheiros, uma vez que lhes assegura direitos a alimentos e a sucessão, ainda que timidamente. Essa legislação considera como união estável aquela caracterizada pela convivência entre homem e mulher, desimpedidos de se casarem ou separados judicialmente, por mais de cinco anos ou tendo filho comum, enquanto não constituírem nova união. Assim, nesse conceito está evidente “o dever de coabitação exclusiva e de lealdade, a impedir a existência de ligação impura (concubinato em detrimento da união estável, em concorrência com esta)” (AZEVEDO, 2011, p. 295). Nota-se que essa legislação não abrangeu a união estável formada por pessoas separadas de fato, conservando certo vestígio de preconceito.

No que diz respeito aos alimentos, anteriormente à Constituição de 1988, a jurisprudência negava esse pedido entre os companheiros, a não ser que houvesse contrato com obrigação alimentar prevista, ante a ausência de relações de parentesco e vínculo conjugal. É por isso que se falava em indenização por serviços prestados ao que tinha natureza de caráter alimentar. Em sentido totalmente oposto, a Lei de 1994, em consonância com a proteção estatal à família pela CRFB, tornou possível o direito material a alimentos para os companheiros, em seu art. 1º. É por esse motivo que Francisco José Cahali (1996, p. 95) afirma que esse artigo,

embora referindo-se à utilização pela(o) companheira(o) de um dos meios processuais para a obtenção de alimentos (Lei nº 5.478/68), deve ser interpretado como criador, no campo do direito material, da obrigação alimentar entre os partícipes da união estável, nas condições nele previstas, inovando o sistema jurídico para prever o direito a alimentos entre os conviventes ao lado daquele decorrente do casamento e do parentesco.

Contudo, ressalta-se que as discussões voltaram a existir, em parte, em razão da revogação parcial do art. 1º, pela Lei 9.278/96. Desse modo, a aplicabilidade desse artigo apenas pode ocorrer do período entre a edição da Lei de 1994 e o início da vigência da Legislação de 1996, reconhecendo-se, “sob cogitação, os mesmos direitos e deveres existentes entre cônjuges, constantes da aludida Lei de Alimentos, nº 5.478, de 1968” (AZEVEDO, 2011, p. 300). Destaca-se que houve à época dificuldade de comprovação do relacionamento entre companheiros pelo prazo de cinco anos, uma vez que de cunho fático, dificilmente comprovado por documentos.

Caso tivessem filhos, a certidão de nascimento da criança bastava como meio hábil para comprovar a união. Na ausência de prole, existia a possibilidade de se comprovar documentalmente a união estável, como o contrato escrito de concubinato, contrato de locação, contrato de sociedade, carta, fotografia, requerimento em juízo, entre outros. Se não fossem meios aptos a convencer o magistrado, poder-se-ia, ainda, ser designada audiência de justificação prévia, com depoimentos de testemunhas. Por fim, o dispositivo em análise requeria a comprovação da necessidade daquele que pugna pelos alimentos, bem como era possível a interrupção da benesse em casos de formação de nova união, concubinária ou matrimonial, pelo alimentado.

O direito sucessório dos companheiros foi previsto no art. 2º da Lei 8.971/94, sendo devido ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união concubinária, o usufruto da quarta parte (se houvessem filhos apenas do *de cujus* ou do casal) ou metade (quando não tivessem filhos, ainda que sobrevivessem ascendentes) dos bens do falecido. Esse direito, chamado de usufruto vidual, surgiu com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), de modo a proteger o cônjuge sobrevivente da miséria ou de eventuais dificuldades financeiras. Havia a previsão também, na falta de ascendentes ou descendentes, de que o companheiro sobrevivente recebesse a totalidade da herança. Ressalta-se que o inciso III desse artigo foi de suma importância no direito à herança para aqueles que constituíam união estável, pois foi ampliado o rol de herdeiros estabelecido no art. 1.603 do CC/1916, ao determinar a transmissão do patrimônio ao companheiro sobrevivente, e não aos colaterais. Houve, posteriormente, a substituição do direito ao usufruto, no atual Código Civil, pela concessão da cota-parte da herança ao cônjuge sobrevivente.

Ainda, o art. 3º da lei em exame prescrevia ao companheiro sobrevivente o direito à meação do patrimônio resultante de colaboração comum do casal e, assim, trouxe uma nova interpretação acerca da Súmula 380 do STF.

Do exposto, é indiscutível a importância que a Lei 8.971/94 trouxe em certos aspectos provenientes da união estável, ainda que existam críticas sobre a regulamentação dos alimentos (como a redação imprópria por se referir à lei processual especial; a ausência de previsão da possibilidade do alimentante, apenas levando-se em consideração a necessidade do alimentado; a omissão de formas de extinção da obrigação alimentar) e sobre os requisitos para a configuração do companheirismo (excluiu a união estável de pessoas casadas, mas separadas de fato de seus cônjuges por prazo razoável, além de exigir, para a configuração do companheirismo, o prazo de cinco anos ou o nascimento de prole). A nova legislação, por mais que não seja perfeita, foi um grande passo dado para complementar a norma constitucional que reconheceu o companheirismo enquanto família, dispondo sobre sucessão, alimentos e regime de bens.

1.3.2 A Lei 9.278/1996 e a regulamentação do § 3º, do artigo 226, da Constituição da República Federativa do Brasil

Com a edição da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, houve a regulamentação do § 3º do art. 226 da CRFB e, por conseguinte, um aprimoramento formal com relação à legislação anterior, de modo que preencheu mais lacunas existentes no direito dos companheiros ao trazer conceitos mais abrangentes, bem como direitos e deveres (meação, alimentos e conversão em casamento).

Em seu art. 1º, reconheceu-se como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, dotada de lealdade e exclusividade, para demonstrar a convivência *more uxorio*. É possível observar que a terminologia “entidade familiar” é mais ampla, podendo ser união estável ou concubinária propriamente (englobaram-se as relações entre as pessoas separadas de fato, portanto), desde que não seja impura ou desleal. Ademais, não há exigência de prazo legal mínimo para caracterizar a união de fato, o que era requisito previsto na Lei n. 8.971/94 (cinco anos).

Os direitos e deveres são iguais entre os conviventes (art. 2º), sendo: o respeito e consideração mútuos (inciso I); a assistência moral e material recíproca (inciso II); e a guarda, o sustento e a educação dos filhos comuns (inciso III). Em decorrência disso, entre si, quando houver violação à honra ou à imagem de um dos companheiros, perfeitamente possível que sejam descumpridos os deveres de respeito e consideração. Sob o aspecto dos auxílios

imaterial e material, tem-se que os conviventes devem ser solidários entre si, independentemente do momento que passam, seja moral ou patrimonial e, também, devem prover de modo idêntico os alimentos para a formação adequada de sua prole.

No art. 5º, tem-se o sentido básico da meação entre os companheiros, porém se refere apenas aos bens auferidos a título oneroso, ao contrário do previsto na legislação de 1994 (apenas era exigida a colaboração na atividade). Os conviventes tornam-se condôminos conforme a lei, ou, se nada tiverem pactuado a respeito, cabe prova em sentido contrário, fato que está devidamente disposto nos §§ 1º e 2º. “Assim, o legislador presume a situação de condomínio natural nessa aquisição de bens, como regra; todavia, para que ocorram as referidas exceções, deverão ser elas provadas, judicialmente” (AZEVEDO, 2011, p. 321).

Acerca da assistência material de caráter alimentar (art. 7º), em caso de rescisão contratual (separação culposa), será paga por aquele que teve culpa ao inocente, se este necessitar da benesse. Desta maneira, a obrigação apenas pode ser imposta ao culpado no rompimento, “sendo-lhe impedida a pretensão alimentar, ainda que necessitado; e, *a contrario sensu*, ao convivente inocente descabe a condenação alimentar ao outro, mesmo o culpado desprovido de condições econômicas suficientes para a sua subsistência” (CAHALI, 1996, p. 182). Já no caso em que há culpa recíproca, há entendimento do STF no sentido de não ser cabível qualquer prestação alimentícia entre ambos os companheiros. O parágrafo único do aludido artigo, em caráter inovador com relação à lei de 1994, ressalta o caso da união estável ser dissolvida em caso de morte, em que o sobrevivente tem direito real de habitação (utilização gratuita de imóvel alheio para residir, sendo vedado o aluguel ou empréstimo a eventual terceiro) do imóvel utilizado para a moradia da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

O art. 8º atende a exigência constitucional de facilitação, pelo legislador, para converter a união estável em casamento, o que ocorre de comum acordo e a qualquer tempo entre os conviventes, através de requerimento ao Oficial de Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Após, no entanto, referido Oficial deverá abrir processo de habilitação para o casamento, atendidas todas as exigências do casamento civil, isso ante a ausência de regras procedimentais para a constituição da união estável. Não serão, entretanto, exigidas as formalidades concomitantes do casamento, como a cerimônia de celebração, para efeito de converter a união entre companheiros em matrimônio. Sobre este tópico, ainda, como já analisado anteriormente, existem três correntes que justificam a inserção da facilitação da conversão da união estável em casamento.

No que tange à competência da matéria referente à união estável, esta estará a encargo das varas especializadas de Família, assegurando-se o segredo de justiça (art. 9º), pois o instituto é constitucionalmente uma entidade familiar. Esse foi um grande avanço do legislador, de modo que se retirou do âmbito da justiça civil as relações entre companheiros, tratadas outrora como de natureza meramente obrigacional, na condição de sociedade de fato. Em caso de permanecer “a competência do Juízo Cível, nas comarcas que dispõem de Vara de Família, constitui hoje, sem dúvida, uma postura inconstitucional que afrontaria os princípios de equidade consagrada pela nova Carta, e o espírito da nova Lei n.º 8.971/94” (OLIVEIRA, 1995, p. 93). Com isso, houve a clara inserção da união estável no contexto do Direito de Família, no âmbito infraconstitucional consoante princípios da CRFB, sem que houvesse qualquer invasão da esfera de atribuição dos Estados-membros, ou dos Tribunais de Justiça, não se podendo falar em inconstitucionalidade desse dispositivo.

É importante destacar que os casamentos religiosos, quando não eram registrados perante a autoridade civil, passavam a ser considerados concubinato puro ou união estável e, portanto, passíveis da mesma proteção concedida pela Lei n. 9.278/96.

Por fim, tem-se que a Lei n. 8.971/94 foi, então, parcialmente e tacitamente revogada pela lei em comento, no que diz respeito a alimentos entre os conviventes, pois, como já dito: não há mais a exigência de prazo mínimo para caracterizar união estável; há o dever de assistência material recíproca; há a possibilidade de pagamentos de alimentos após a ruptura do relacionamento, em caso de culpa e se o inocente precisar.

1.3.3 A união estável no Código Civil de 2002

Pode-se dizer que o acréscimo do título União Estável no Livro de Família do novo Código Civil tenha sido a principal e mais importante alteração na estrutura e sistemática legal civilista. Apesar das inovações no âmbito do direito de família com relação a codificação de 1916, o CC/2002 manteve a mesma organização estrutural do código anterior,

fazendo variações dentro dessa mesma estrutura. E uma dessas variações e modificações na sistematização foi a inclusão da união estável em sua estrutura organizacional. Tal inclusão deveu-se às discussões e influências a partir de 1994, já que, originalmente, e mesmo em mudanças pós-constitucionais, o texto do Projeto dizia que apenas o casamento instituía a família legítima, desconsiderando outras formas de família (PEREIRA, 2006, p. 219-220).

Após diversas emendas e substitutivos, foram superadas algumas das questões controvertidas sobre o companheirismo, sendo o tema finalmente introduzido no Código Civil

de 2002, abarcando, principalmente, elementos pertencentes às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Ressalta-se, inclusive, que essas leis não foram revogadas expressamente pelo CC/2002, sendo adaptadas às exigências da compilação civil mais atual.

São cinco artigos (do 1.723 ao 1.727) que trazem aspectos patrimoniais e pessoais do instituto, fato que simbolizou um avanço e uma visão mais moderna com relação às legislações anteriores, à doutrina e à jurisprudência brasileiras. Ainda, a união estável também possui previsão no subtítulo de Alimentos (art. 1.694) e no livro específico da sucessão hereditária (arts. 1.790, 1.797, 1.801 e 1.844).

Primeiramente, a discussão gira em torno do conceito de união estável, tarefa que, apesar de parecer simples, não o é. Isso porque definir a união estável começa a partir do entendimento do que é família, que nem em si possui um conceito fixo, tendo em vista que se altera com o passar do anos, englobando inúmeros tipos de entidades. A partir do momento que a família brasileira deixou de ser um núcleo exclusivo para procriação e gerência de patrimônio, tornando-se, basicamente, a junção do amor e do afeto entre seus membros, a noção de família foi reinventada, como dispõe, a exemplo, o art. 226 da CRFB (casamento, união estável e família monoparental). Porém, ressalta-se ser inegável existirem outras relações capazes de serem chamadas de família, apesar de não haver expressa previsão legal, as quais também são dignas de especial proteção estatal.

De modo a seguir a orientação demarcada principalmente pela doutrina e jurisprudência, no sentido da família ser formada pela relação afetiva em conjunto com outros elementos extrínsecos e intrínsecos, o art. 1.723 do Código Civil evoluiu em direção ao delineamento do conceito de união estável, ao dispor que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Fala-se em evolução, tendo em vista que foi descartado o período mínimo para caracterizar a união estável (como fazia a Lei n. 8.971/94), bem como englobou-se o companheirismo de pessoas casadas, mas separadas de fato (§ 1º: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”). Percebe-se que, desse modo, o “legislador optou por evitar rigorismos conceituais, pois abster-se de conceituar rigidamente a união estável, deixou para o juiz – diante de cada caso concreto – a tarefa de analisá-la e reconhecê-la ou não” (FONTANELLA, 2006, p. 23). A lei, contudo, “não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características”

(DIAS, 2013, p. 180), com fundamentos de ordem objetiva (relação notória no meio social frequentado pelos companheiros, de modo prolongado e contínuo no tempo) e subjetiva (objetivo de constituir família).

É de grande importância analisar os elementos legais para que uma união seja considerada estável, quais sejam: diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade, ausência de impedimentos matrimoniais e, é claro, o *animus familiae*. Este último, o ânimo de constituir família ou *affectio maritalis*, é o requisito de ordem subjetiva, sendo o mais importante, pois diz respeito à intenção de viver como se casados fossem.

No que diz respeito à dualidade de sexos, apesar de estar prevista tanto no Código Civil de 2002, quanto na Constituição da República de 1988, é um elemento ultrapassado, uma vez que a “união estável entre pessoas homossexuais está acobertada pelas mesmas características de uma entidade estável heterossexual. Ou seja, ambas as configurações de relacionamentos humanos estão fundadas, basicamente, no afeto e na solidariedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 481). Assim sendo, em decisão inédita na ADIn 4277/DF, o STF estabeleceu que o art. 1.723 da codificação civilista abrange a união estável tanto hetero como homoafetiva, em prol dos valores constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade.

No art. 1.724, há a enumeração dos deveres iguais dos companheiros, tais como a lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Não existe artigo correspondente na codificação de 1916, porém na Lei n. 9.278/96 encontram-se quase todas as obrigações legais, salvo o dever de lealdade. Ademais, há grande semelhança com os direitos e deveres recíprocos no casamento, a exceção da coabitação (é permitido ao casal escolher qual a melhor forma de convivência, dispensando-se o convívio sob o mesmo teto) e da fidelidade recíproca (ainda que não esteja expressamente prevista no artigo em questão, está perfeitamente inserida no conceito de lealdade e respeito recíprocos).

O regime patrimonial de bens dos companheiros possui parte do seu ideal disposto no art. 1.725 do CC/2002, em que é aplicada a comunhão parcial de bens, no que couber. Isto é, quando ausente contrato de regulamentação das relações patrimoniais entre os conviventes definindo outro regime, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união serão pertencentes a ambos, independentemente de prova de esforço comum. Admite-se expressamente a possibilidade de realização de contrato entre os companheiros, desde que seja por escrito, para assegurarem entre si situações além das patrimoniais.

Desse modo, a diferença trazida pela nova redação da codificação civilista é que não há mais discrepância entre as regras patrimoniais da união estável e do casamento, de modo que é difícil demonstrar que não houve esforço comum para auferir o patrimônio de ambos os conviventes, a não ser que estabeleçam previamente um contrato escrito.

Acerca do contrato escrito referido no artigo 1.725 do CC/2002, trata-se de um contrato de convivência ou contrato particular de convívio conjugal, responsável não por criar a união estável, mas por ser um forte indício de sua existência. Ele nada mais é do que o “instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação, que serão tratadas adiante quando analisado o conteúdo das disposições contratuais entre os conviventes” (CAHALI, 2002, p. 55). Trata-se de um negócio jurídico informal, bilateral, que deve ser celebrado por escrito (seja por escritura pública ou particular) com a possibilidade de modificação a qualquer tempo, cuja eficácia está ligada à relação de convivência dos companheiros e seu conteúdo é de natureza patrimonial, ou até existencial (pessoal e convivencial), desde que não afronte as normas de ordem pública e os direitos e garantias estabelecidos em lei, ou seja, não cabe qualquer tipo de deliberação sobre sucessões ou alimentos.

O art. 1.726 do CC/2002 englobou o que estava previsto no art. 8º da Lei n. 9.278/96 sobre a conversão da união estável em casamento, “de modo mais simplificado e com melhor redação; todavia, submetendo a conversão da união estável ao juiz de Direito, excluída a competência direta do Oficial do Registro Civil” (AZEVEDO, 2011, p. 418).

A terminologia adotada no Código Civil para identificar os sujeitos de uma união estável são ora companheiro(a), ora convivente. No entanto, como já salientado, o vocábulo “concubinato”, possui cunho depreciativo, pois carrega consigo o estigma do preconceito, referindo-se àquela relação pecaminosa, contrária à moral. Por esse motivo, o Código Civil preocupou-se em diferenciar o concubinato da união estável, no seu art. 1.727: “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Mesmo que esse dispositivo tenha sido pioneiro no sentido de diferenciar o concubinato adúltero do não-adúltero, acabou gerando confusão por ser contraditório, uma vez que utilizou a expressão “impedidos de casar”, a qual “não traduz o espírito e o sentido desse artigo que quis, exatamente, diferenciar união estável e concubinato. Os separados judicialmente, por exemplo, são impedidos de casar e, no entanto, são livres para estabelecer uma união estável” (PEREIRA, 2006, p. 225). A distinção entre esses institutos faz-se necessária, tendo em vista o princípio da monogamia e, também, para aplicar as devidas

medidas e consequências jurídicas para cada um, seja no âmbito do direito de família no caso de união estável, ou no campo do direito das obrigações para o concubinato adulterino ou paralelo ao casamento ou a outra união estável.

No que tange aos alimentos, não houve modificação com relação às normas estabelecidas anteriormente, além de que inexistiu um artigo específico que trate sobre alimentos decorrentes da dissolução da união estável, mas mera referência no art. 1.694 do CC/2002. Assim, ainda que de modo falho por parte do legislador, os conviventes podem reclamar, reciprocamente, pensão alimentícia para assegurar a sua subsistência e uma vida passível de dignidade, observando-se o binômio necessidade-possibilidade. Deve ser destacado que “o fundamento da obrigação alimentar no companheirismo não é diferente daquele alicerçador da responsabilidade alimentar no casamento, diante da semelhança das situações jurídicas envolvidas” (GAMA, 2001, p. 364). Nesse ponto, pelo menos, houve o respeito ao princípio da igualdade constitucional pelo legislador, de modo que união estável e casamento foram tratados de modo isonômico.

Dentre toda a gama de direitos conquistada pelos companheiros no decorrer dos anos pelas legislações no ordenamento jurídico brasileiro, o direito sucessório talvez tenha sido aquele que mais se modificou negativamente com o CC/2002. Isso ocorreu em diversos aspectos, dentre os quais: ausência do companheiro(a) do rol de herdeiros necessários; restrição de bens sucessíveis entre companheiros para aqueles adquiridos onerosamente na vigência da união estável; e na concorrência desigual do companheiro sobrevivente com os parentes do *de cujus*.

CAPÍTULO 2 – A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Conforme foi salientado, durante o decorrer dos anos foram reconhecidas outras entidades familiares além do casamento, instituto consagrado como o exemplo do que deveria caracterizar uma família legítima. Por esse motivo que o Texto Magno, em especial a partir de 1988, atribuiu especial proteção estatal às variadas formas de família, em prol da dignidade humana e do afeto.

É a partir daí que a união estável ganha o seu tratamento devido no ordenamento jurídico brasileiro, o que ocasionou na posterior edição das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, as quais foram responsáveis por regular o direito dos companheiros aos alimentos, à sucessão e à conversão da união estável em casamento. Quanto à meação, tais legislações legalizaram o que há muito tempo era admitido na doutrina e jurisprudência.

Do mesmo modo, após a proteção constitucional dada também aos que constituem união estável, deslocou-se esse instituto familiar do âmbito do Direito das Obrigações (antes considerado como sociedade de fato), finalmente, ao Direito das Famílias com o Código Civil de 2002, ainda que distante do capítulo do casamento, revelando “resistência em reconhecê-la enquanto entidade familiar de igual *status*” (DIAS, 2013, p. 177).

Entretanto, apesar dos avanços alcançados, a legislação civil retrocedeu sobremaneira ao estipular as regras do direito sucessório dos companheiros, diferenciando-as daquelas previstas aos cônjuges, os quais receberam tratamento sucessório diverso e mais benéfico. Também, alterou-se a sistemática vigente nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, o que foi totalmente de encontro ao que muito demorou a ser conquistado para aqueles que antes eram vistos como “família ilegítima”.

2.1 Visão geral sobre o Direito das Sucessões

A palavra “sucessão”, em seu sentido amplo, “significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens” (GONÇALVES, 2012, p. 19), seja *inter vivos* ou *causa mortis*. No primeiro caso, podemos citar, a título de exemplificação, a compra e venda e a cessão de crédito, no Direito das

Obrigações, e a substituição dos pais que decaem de seu poder familiar pelo tutor, no Direito de Família.

Todavia, quando se fala em Direito das Sucessões, parte especial do Direito Civil, a terminologia é utilizada em sentido estrito, para designar apenas os casos decorrentes da morte de alguém, ou seja, sucessão *causa mortis* em que há a transmissão de patrimônio do autor da herança (*de cujus*, ou seja, aquele de cuja sucessão se trata) aos seus sucessores, seja por disposição de última vontade ou decorrente de lei. A morte a que se refere o direito sucessório é apenas de pessoas naturais, as quais possuem disposições de última vontade, o que não é o caso, pois, das pessoas jurídicas.

Não basta, porém, apenas a morte. O outro pressuposto do direito sucessório que não pode ser esquecido é a vocação hereditária, seja por disposição legal, seja pelo arbítrio do falecido. Então, o direito das sucessões nada mais é do que “o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento” (DINIZ, 1999, p. 03).

A finalidade básica da sucessão é manter o patrimônio no grupo familiar, através da “transmissão de conquistas pessoais especialmente aos descendentes, o que sugere uma impressão e mesmo convicção de transcendência temporal (...) de manter e desenvolver o dinamismo da vida” (RIZZARDO, 2014, p. 67). Além do mais, predomina em nossa sociedade o capitalismo, cujo entendimento está em prol do direito de propriedade e, também, da manutenção do patrimônio no mesmo grupo familiar, devidamente assegurados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXII e XXX.

No que diz respeito ao objeto das sucessões, são transmissíveis bens de modo geral, direitos, créditos, obrigações e dívidas, desde que limitadas às forças da herança, ou seja, os herdeiros respondem até o limite do quinhão que cada um deles receber. Assim, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 32), “a herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e as ações de que era titular o falecido”.

A regulamentação do Direito das Sucessões está no Livro V da Parte Especial (Livro IV da Parte Especial do Código de 1916), composto de quatro Títulos (Sucessão em Geral; Sucessão Legítima; Sucessão Testamentária; e Inventário e Partilha), do art. 1.784 ao art. 2.027 (correspondiam aos arts. 1.572 a 1.805 do CC/1916).

O título referente à sucessão em geral abrange normas tanto a respeito da sucessão legítima, quanto da sucessão testamentária, as quais possuem, também, títulos próprios. Além disso, regulamenta-se a transmissão, aceitação, renúncia, petição da herança e excluídos da herança.

O momento cronológico determinante para ocorrer a abertura da sucessão é a morte, a qual opera o fenômeno da separação entre patrimônio e personalidade, ocorrendo o que se denomina “vacância dos bens”. Ocorre, em seguida, a transmissão automática do patrimônio aos que são dotados de vocação hereditária, admitindo-se a aceitação ou renúncia. O fato do finado transmitir ao seu sucessor a posse e a propriedade da herança nada mais é do que o princípio da *saisine*.

O inventário é apenas a regularização da transmissão que já ocorreu no momento da morte e vai possibilitar a partilha, que vai acabar com a indivisão do patrimônio do *de cujus*. Em seguida, “nomeia-se o inventariante, descrevem-se os bens, são arrolados os herdeiros, e apontam-se as dívidas para que, sob controle judicial, se efetue a partilha, resgatando-se débitos porventura existentes” (RIZZARDO, 2014, p. 24).

A sucessão, considerando sua fonte, pode ser legítima ou testamentária, sendo aquela, também chamada de *ab intestato*, organizada pelo legislador através de um rol de preferência (ordem de vocação hereditária), em que uma classe de herdeiros se sobrepõe à outra, tendo preferência a que está mais próxima, não podendo ser modificada pela vontade, por meio de testamento. Por outro lado, a sucessão testamentária (*ex testamento*) é baseada na última vontade do titular do patrimônio, através de um testamento, sendo possível distribuir, quando houver herdeiros necessários, metade do patrimônio disponível do falecido. É plenamente possível a existência simultânea dessas duas formas de sucessão:

A sucessão será legítima quando não houver testamento, quando este for julgado nulo ou caducar e quando não esgotar o patrimônio do finado. No entanto, as disposições testamentárias não podem afastar a sucessão legítima quando houver herdeiros necessários (NEVARES, 2015, p. 20).

Salienta-se que a sucessão legítima é apenas referente a herdeiros, ao passo que a sucessão testamentária pode se referir ora a herdeiros, ora a legatários. Herdeiros são, portanto, aqueles que recebem o patrimônio como um todo do morto, ou uma quota-parte dele (sucessão universal), ao passo que cabe aos legatários um bem específico (sucessão singular).

Dentro da sucessão legítima há a divisão entre sucessão legítima necessária e não necessária. Aqueles que possuem direito, necessariamente, à metade do patrimônio (legítima) são os chamados herdeiros necessários. São também chamados de herdeiros obrigatórios,

legitimários, forçados, reservatórios, impostos. Há esse tratamento especial em decorrência da proximidade afetiva ou do grau de parentesco com o falecido, de modo a se proteger os interesses da família. Isso quer dizer que metade da herança do falecido pertence de pleno direito a esses herdeiros, conforme disposição do art. 1.846 do CC/2002. E, havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, o testador não poderá dispor de mais da metade de seus bens, sob pena de redução das disposições testamentárias (arts. 1.967 e 1.968 do CC/2002).

Em sentido oposto a essa situação, existem os herdeiros facultativos, os quais podem ser privados “da qualidade de sucessor por disposições testamentárias feitas pelo autor da herança” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 209). É o caso dos parentes colaterais.

Na Codificação Civilista, são apenas herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845, CC/2002), sendo este último favorecido em diversos aspectos sucessórios. Nota-se que o companheiro não integra esse rol, recebendo, portanto, tratamento diferenciado e discriminatório com relação à família matrimonial, o que deve ser devidamente sanado pelo ordenamento jurídico.

2.2 Principais aspectos do direito sucessório do cônjuge

O casamento foi a entidade familiar por excelência durante anos em nosso país, fato que se refletiu especialmente nos direitos previstos na legislação civil. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o direito sucessório, uma vez que a condição de herdeiro dada ao cônjuge sofreu verdadeira evolução, de modo que passou da quarta posição, atrás de parentes colaterais até o décimo grau, para o *status* de herdeiro necessário, concorrendo com ascendentes e descendentes. Assim, “quem se debruça sobre a história do direito das sucessões percebe, sem dificuldade, que, ao longo do tempo, a mudança mais significativa na vocação hereditária tem sido a da constante valorização do cônjuge” (WALD, 2002, p. 66).

Sobre a trajetória da valorização do cônjuge na ordem de vocação hereditária no direito brasileiro, acentua Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 254) que

até 1907, sucedia em quarto lugar, depois dos parentes colaterais até o décimo grau (isto é, depois de tios-bisavôs, sobrinhos-bisnetos e primos longínquos); naquele ano, com a Lei Feliciano Pena, o cônjuge passou a ter preferência sobre os colaterais; o Código Beviláqua, em 1916, não alterou essa ordem, mantendo o cônjuge na terceira classe, atrás dos filhos e, não os havendo, dos pais do falecido (Beviláqua, 1898:181/192); o Código Reale, em 2003, promoveu-o à primeira e segunda classe de familiares sucessíveis, em concorrência respectivamente com os descendentes e ascendentes.

A codificação civilista de 1916, então, trouxe o cônjuge, na condição de herdeiro legítimo, para a terceira posição na ordem de vocação hereditária, atrás de descendentes e ascendentes, conforme enuncia o art. 1.603. Essa posição, contudo, tornava possível o afastamento do cônjuge na sucessão, caso o falecido tivesse deixado testamento. Ademais, salienta-se que o art. 1.611 afirmava apenas que, à falta de descendentes ou ascendentes, deferir-se-ia a herança ao cônjuge sobrevivente desde que não estivesse dissolvida a sociedade conjugal à época da morte do outro consorte. Inúmeras eram as condições para que o esposo, ou a esposa, auferissem a devida quota hereditária.

Com o objetivo de melhorar e proteger ainda mais aquele que contraiu núpcias com o dono da herança, a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, mais conhecido como Estatuto da Mulher Casada, foi responsável por acrescentar mais dois parágrafos ao aludido dispositivo legal, dispondo sobre sucessão do cônjuge em usufruto e no direito real de habitação.

Então, o cônjuge viúvo, desde que o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal, tinha direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto de um quarto dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filho deste ou do casal, e à metade se não houvesse filhos, embora sobrevivam ascendentes do falecido. O legislador estabeleceu, pois, a possibilidade de concorrência do cônjuge supérstite tanto com descendentes quanto com ascendentes do falecido, em qualquer que fosse o regime de bens adotado, salvo o caso excluído expressamente.

Por outro lado, caso o regime de bens fosse o da comunhão universal, o cônjuge vivo, na condição de viúvo, teria direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Após o advento do Código Civil de 2002, ocorreram mudanças quanto à ordem de vocação hereditária, de modo que, com o falecimento do *de cujus*, sua herança seja transmitida aos sucessores legítimos, dentre os quais, há, ainda, aqueles chamados de herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge (art. 1.845, CC/2002).

Diante da relevante importância que o cônjuge possui na família brasileira e, portanto, no direito sucessório, foi garantida a ele “posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar” (HIRONAKA, 2003, p. 215). Assim, “o cônjuge não poderá ser afastado da sucessão, salvo em casos de indignidade e deserdação, sendo certo que esta última só poderá ser ordenada pelo testador por uma das

causas que autorizam a primeira, de acordo com o que dispõe o art. 1.961 do Código Civil” (NEVARES, 2015, p. 90).

É oportuno esclarecer que a qualidade de meeiro em nada irá interferir na qualidade de sucessor, desde que o regime de bens e a situação patrimonial do falecido permitam. Isso porque meação e herança não devem ser confundidos: a primeira decorre da comunhão total dos bens ou comunhão parcial em relação aos aquestos (bens adquiridos durante o período da vida em comum); ao passo que a segunda nada mais é do que o patrimônio particular do falecido, em junção com a parte dele na comunhão do casal. Dessa maneira,

na qualidade de cônjuge-viúvo, o consorte supérstite, dependendo do regime de bens, comparece no processo para preservar a meação de que já é titular, ou, se for o caso, apenas para exercer direito real de habitação; mas só assume a qualidade de herdeiro quando convocado como tal, exercendo, aí sim, a titularidade do direito hereditário (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 190).

Ademais, na condição de herdeiro, é necessário que haja, simultaneamente, o casamento de fato e de direito, de modo que o cônjuge sobrevivente tenha seu devido direito a receber a herança, seja em parte, ou no todo.

Consoante se observa nos artigos atinentes ao Direito Sucessório, especialmente o art. 1.829 do CC/2002, o cônjuge ocupa a primeira classe na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes. Na falta destes, é indicado na segunda classe, concorrendo com os ascendentes e, ainda, inexistindo herdeiros em linha reta, possuirá direito a todo o acervo hereditário, excluindo-se, então, os colaterais. Logo,

o cônjuge teve valorizada a sua participação na ordem de vocação hereditária, com a entrada em vigor do Código Reale. Passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido, além de herdar a totalidade da herança quando inexistentes esses familiares sucessíveis (COELHO, 2016, p. 255).

No entanto, a aquisição pelo cônjuge sobrevivente de seu quinhão hereditário está ligada a um conjunto de pressupostos que assegurem a continuidade da vida em comum, presumindo-se a participação do supérstite no patrimônio da família. É por isso que Maria Berenice Dias (2013, p. 55) salienta o seguinte:

Se o autor da herança era casado, antes de se pensar na divisão do seu patrimônio é necessário, conforme o regime de bens, excluir a meação do cônjuge. Depois cabe identificar se o *de cujus* tinha herdeiros necessários, pois a metade da herança é reservada a eles a título de legítima. A operação é simples. Falecendo alguém casado pelo regime da comunhão universal de bens, da comunhão parcial ou da participação final nos aquestos, antes de mais nada é preciso separar a meação do cônjuge sobrevivente.

Primeiramente, quanto à concorrência com os descendentes, deve-se ter atenção ao regime matrimonial de bens escolhido, para que não haja qualquer confusão patrimonial. A

regra é que haja concorrência, sendo as exceções apontadas de modo expreso na lei. Desse modo, o cônjuge terá direito a suceder desde que não tenha direito à meação em face ao regime de bens do casamento, ou seja, consoante a previsão legal, estão excluídos da sucessão aqueles que se casaram sob os regimes da comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não tiver deixado bens particulares. “Portanto, prevalece o direito do cônjuge: na separação convencional de bens, no regime da participação final dos aquestos e em uma modalidade do regime da comunhão parcial” (DIAS, 2013, p. 167).

Tais exceções elencadas são plenamente justificáveis. No caso dos consortes terem aderido ao regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente já está devidamente amparado pela meação, a qual envolve a totalidade do patrimônio, inclusive abrangendo bens particulares existentes antes das núpcias e os recebidos por doação ou herança (a exceção dos bens recebidos com cláusula de incomunicabilidade – art. 1.848 do CC/2002) e, assim, metade já pertence aquele remanescente. Se casados pelo regime da separação obrigatória, não há qualquer patrimônio comum, dado que inexistente o direito tanto a meação quanto a sucessão ao cônjuge supérstite. Por último, quando for escolhida a comunhão parcial de bens e não forem deixados bens particulares pelo autor da herança, compreensível o fato de que acarretaria enfraquecimento patrimonial aos descendentes do *de cujus*.

Quanto ao critério de divisão, “caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer” (art. 1.832 do CC/2002). Há, portanto, diferença da quota a ser recebida pelo cônjuge sobrevivente quando os filhos forem ou não comuns, sendo que, quando concorre com descendentes apenas do autor da herança irá receber igual parcela daqueles que sucederem por direito próprio e, quando for ascendente de qualquer dos herdeiros com quem concorrer, irá auferir, no mínimo, um quarto da herança. Em outras palavras, a quota do cônjuge vivo não pode ser inferior à quarta parte da herança, de modo que haja uma divisão igualitária entre ele e os filhos do casal.

No caso de existirem tanto descendentes comuns, como exclusivos, apesar de haver lacuna na codificação civilista, é perceptível a intenção do legislador em dar preferência ao consorte sobrevivente, garantindo a ele o quinhão mínimo da quarta parte da herança. Nessa hipótese, é plenamente possível que o cônjuge aufira quinhão maior que os próprios filhos.

Ausentes os descendentes, “são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente” (art. 1.836, CC/2002), o que está presente também na ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829, II, da Legislação Civil. Aqui, diferentemente da questão anterior, independe do regime de bens matrimonial adotado, sendo devido ao cônjuge sobrevivente, ao concorrer com ascendente em primeiro grau, um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1.837, CC/2002). Contudo, apesar do regime matrimonial não ser requisito para a concessão de direito a herança, trata-se da situação mais desvantajosa ao cônjuge sobrevivente, uma vez que herda apenas um terço da herança se existirem ascendentes em primeiro grau.

Por fim, inexistindo parentes em linha reta, a herança é destinada, em sua integralidade, ao cônjuge sobrevivente, também sem qualquer subordinação ao regime de bens adotado pelo casal.

Já no caso de existirem parentes colaterais, ainda que tenham a condição apenas de herdeiros legítimos (art. 1.829, IV, CC/2002), fazem jus à herança desde que sejam os únicos sucessores, podendo ser afastados por deliberação do falecido, via testamento. Ademais, se o *de cujus* era casado à época de sua morte, eles nada irão auferir, ante a condição de herdeiro necessário do cônjuge, antecedendo-os na linha sucessória.

Ainda que inúmeras sejam as ocasiões em que o cônjuge sobrevivente é convocado na qualidade de herdeiro, obtempera-se que esse direito é reconhecido apenas “se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente” (art. 1.830 do CC/2002). Segundo esse preceito, “para ser considerado familiar sucessível, portanto, o cônjuge deve estar ainda numa situação jurídica em que a contribuição para a construção e manutenção do patrimônio do *de cujus* seja factível” (COELHO, 2016, p. 255). Verifica-se, então, que há a presunção legal, ainda que relativa, de que a relação, uma vez rompida, não autoriza a participação sucessória do supérstite no acervo patrimonial do falecido.

Ao viúvo também é assegurado o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens adotado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança. Trata-se de um direito personalíssimo e resolúvel, sendo, pois, impedida a possibilidade de fruição ampla (alugar, ceder em comodato, etc.). A intenção é dotada de clareza, pois visa “impedir que o condomínio eventualmente criado entre cônjuge supérstite e os descendentes ou ascendentes do falecido venha a expor ao desamparo

aquele que sempre vivera naquele imóvel e que, agora, é proprietário de mera fração” (HIRONAKA, 2003, p. 216).

2.3 Sucessão decorrente da união estável

Em período anterior à constitucionalização do direito de família, quando ainda se falava em concubinato e recriminação de uniões de fato entre homens e mulheres desimpedidos de contrair núpcias, a jurisprudência foi responsável por grandes progressos, garantindo aos conviventes supérstites direitos sucessórios sobre bens de pequeno valor.

Após a Constituição Federal de 1988, foram acolhidos outros institutos familiares que não o casamento, dotados de especial proteção estatal, dentre os quais se encontra a união estável. Em decorrência disso, é devidamente cabível o direito à sucessão pela morte de um dos companheiros em favor daquele que sobreviveu e, assim, indo ao encontro deste novo posicionamento, em sede infraconstitucional, de modo a regular e detalhar o que fora previsto na Magna Carta, editaram-se as Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996.

A primeira legislação teve como relevante inovação o artigo referente ao direito sucessório do companheiro, este que passou a ser convocado a suceder tanto em concorrência com descendentes (comuns ou apenas do *de cujus*) e ascendentes, como na falta deles, assumindo, assim, posição semelhante ao cônjuge. Ainda que tamanha seja a equiparação ao marido ou à esposa sobrevivente, o companheiro não estava presente no rol de herdeiros necessários, o que perdura também no CC/2002.

Já a segunda, de modo complementar, previu o direito real de habitação ao imóvel destinado à residência da família. Evidente também está a cópia ao CC/1916, no que tange ao cônjuge supérstite, destacando-se a polêmica de que o companheiro sobrevivente poderia cumular os direitos de usufruto e direito real de habitação, ao passo que o cônjuge viúvo apenas teria direito a um deles, a depender do regime de bens adotado.

Tal como fora salientado na sucessão do cônjuge, o companheiro sobrevivente também pode exercer a qualidade de meeiro em paralelo com a condição de sucessor, no processo de inventário, dado que são particularidades diversas, provenientes do Direito de Família (meação) e do Direito das Sucessões (herança).

Com relação à meação, a regra para os companheiros é a do regime de comunhão parcial de bens, sendo o patrimônio formado no curso da união, a exceção daquele oriundo de

doações ou de sucessão hereditária, repartido entre os conviventes, conforme o art. 1.725 do CC/2002. Ou seja, a meação do companheiro sobrevivente refere-se aos bens comuns, direito que existe antes mesmo da abertura da sucessão, eis que é originária de uma relação patrimonial (condomínio, comunhão), a qual existe em vida dos interessados, estabelecida pelas suas vontades ou pela lei. Isto posto, apenas a meação do *de cujus* será objeto da sucessão, em conjunto com outros bens exclusivos dele, partilhando-se “os bens amealhados durante a convivência, tanto em decorrência do rompimento pela mera separação dos conviventes, como pela morte de um deles” (RIZZARDO, 2014, p. 193).

No que concerne à herança, o projeto do Código Civil atual não tinha qualquer previsão que regulasse a sucessão entre os companheiros, o que ficou a encargo de algumas emendas e subemendas na redação originária da legislação. Em decorrência disso, houve a inclusão do direito sucessório de modo falho, eis que fora incorporado na parte do Código que engloba as disposições gerais das sucessões. “Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no capítulo referente à ordem de vocação hereditária” (HIRONAKA, 2003, p. 53), local digno de sua presença, pois trata a respeito de disposição particular.

No mesmo sentido, Inácio de Carvalho Neto (2002, p. 30-31):

Ademais, também criticável o fato de o novo legislador ter regulado a sucessão do companheiro no capítulo das disposições gerais da sucessão em geral (Capítulo I do Título I do Livro V da Parte Especial), enquanto que a sucessão do cônjuge é corretamente tratada no capítulo da ordem de vocação hereditária, que se coloca no âmbito da sucessão legítima (Capítulo I do Título II). Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muito cuidado, em revisão no Congresso.

Apesar da indevida colocação do dispositivo que regula o direito sucessório do companheiro, trata-se do menor dos problemas, como se verá adiante. Primeiramente, é oportuno elencar os casos de incidência da sucessão de quem vive sob união estável e analisar os critérios de distribuição da herança.

Do *caput* do art. 1.790 do CC/2002, tem-se que o direito à sucessão é restrito somente aos bens constituídos durante a união estável, sem abarcar aqueles trazidos por apenas um dos conviventes, ou por doação ou herança. Ademais, por aquisição onerosa se entende apenas os bens acrescidos com dispêndio, excluídos aqueles sub-rogados ao patrimônio particular. “Não é pela forma de aquisição, mas pelo acréscimo patrimonial efetivo ou real que se identifica a parcela da herança na qual participará o companheiro sobrevivente” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 217). Consequentemente, a companheira ou o companheiro participará da sucessão

do outro, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, de acordo com as condições impostas nos três incisos do referido dispositivo.

É nesse artigo que reside a maior singularidade do direito sucessório, alvo de inúmeras críticas. Numa visão geral, o convivente irá participar da sucessão do *de cujus* limitando-se às devidas proporções asseveradas, caso existam filhos comuns, ou apenas do autor da herança, ou outros parentes forem sucessores. Caso não haja nenhum parente vivo, o sobrevivente irá auferir a totalidade da herança, mas, novamente, com a moderação legal.

No primeiro inciso do art. 1.790, o viúvo terá direito a uma quota idêntica à que, por cabeça, for recebida pelos filhos comuns com o falecido. Apesar da lei fazer referência a “filhos”, abarcam-se descendentes de um modo geral, no sentido de estar conforme a equidade. É por isso que o Enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004 assim dispôs: “Art. 1.790: aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Se concorrer com descendentes apenas do autor da herança, caberá ao companheiro metade do que tocar a cada um daqueles. Não há qualquer distinção legal entre os chamados por cabeça e os chamados por representação.

Com relação a estes incisos referentes à sucessão do convivente em concorrência com os herdeiros de primeira vocação, nota-se que o legislador teve o objetivo de diferenciar essa situação com relação às demais sucessões concorrentes, tendo em vista que houve a aplicação de diferentes soluções caso os descendentes sejam filhos ora de ambos os companheiros, ora apenas do autor da herança, “fazendo-o herdar a mesma porção deferida aos filhos comuns e metade da porção cabível aos descendentes exclusivos do *de cujus*” (HIRONAKA, 2003, p. 58).

A questão da concorrência na filiação híbrida, ou seja, entre o companheiro sobrevivente e filhos comuns e exclusivos do autor da herança, não possui solução legal e doutrinária, sendo questão que ainda carece de uma solução harmônica no âmbito jurídico. Há posições fundamentadas sugerindo diversos desenlaces, além da aplicação de um ou outro dos incisos (I ou II do art. 1.790), “como apuração do quinhão proporcional ao número de filhos exclusivos e comuns através de fórmulas matemáticas, ou mesmo a incidência do inciso III do art. 1.790 nestas hipóteses” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 219-220).

Inexistindo descendentes, são chamados outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais), em concorrência com o companheiro sobrevivente, que terá direito a uma parte fixa, estabelecida em um terço da herança (inciso III). Há apenas a referência genérica aos parentes sucessíveis, sem, contudo, elencar quais sejam, lacuna perfeitamente sanada pelo art. 1.829 do CC/2002, responsável por tratar da ordem de vocação hereditária. Desse modo, o inciso em questão trata simultaneamente de duas classes de vocação hereditária: ascendentes em concorrência com o convivente sobrevivente, e colaterais até o quarto grau em concorrência com o companheiro viúvo.

E, então, apenas na carência de colaterais até o quarto grau é que o companheiro sobrevivente terá direito à integralidade da herança, lembrando-se que se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Caso o falecido tenha outros bens (adquiridos anteriormente ao convívio ou, após, a título gratuito), os quais não podem integrar a herança do companheiro supérstite, eles serão repassados ao Município, ou ao Distrito Federal, ou à União (art. 1.844 do CC/2002).

Não há, também, qualquer referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente (parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96), nem ao usufruto viual (art. 2º da Lei 8.971/94), “pelo fato, neste caso, de concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do *de cujus*” (GONÇALVES, 2012, p. 189). Sobre o assunto, existem correntes doutrinárias que defendem a subsistência dessa garantia, sendo o caso do Enunciado 117 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, de setembro de 2002 em Brasília: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CRFB”.

Desse modo, o Código Civil, ao estabelecer as normas sobre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, trouxe inúmeros pontos de divergência, sendo evidente a preferência do legislador pelo casamento.

CAPÍTULO 3 – EXAME DO CARÁTER DISCRIMINATÓRIO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO SUL SOBRE O TEMA

A família é instrumento responsável por influenciar áreas de grande relevância, como o Direito das Sucessões. Os institutos familiares, assim, são organismos que legitimam chamar alguém a suceder, ante o dever de solidariedade nas suas relações. Desse modo, “o Direito Sucessório deverá ter na base de suas normas relativas à sucessão legal a *pessoa do sucessor*, pertencente àquela entidade familiar, da qual fazia parte o *de cujus*” (NEVARES, 2015, p. 148).

Não há qualquer hierarquia entre as entidades familiares, mas igualdade, ante a proteção assegurada pelo Estado, conforme o *caput* do art. 226 da Constituição Federal, e pelo princípio basilar do Estado democrático brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Isto posto, ainda que casamento e união estável sejam situações diversas, não se justifica a existência de um tratamento discrepante em seus respectivos direitos sucessórios, uma vez que ambas instituem família, base da sociedade.

Resta, então, analisar sob o ponto de vista civil-constitucional as principais críticas ao artigo referente à sucessão do companheiro, trazendo, posteriormente, casos concretos jurisprudenciais para elucidar melhor entendimento sobre a temática.

3.1 O Direito de Família e Sucessões sob o prisma constitucional

O art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao ampliar o conceito de família para além do casamento, trouxe em seus parágrafos subsequentes exemplos de entidades familiares, as quais são, portanto, formações sociais diferenciadas umas das outras e que merecem os correspondentes tratamentos.

Contudo, em razão disso, surgiram discussões acerca desses procedimentos diversos, considerados até discriminatórios, o que ocorreu, no que tange à união estável, a partir do momento em que o constituinte determinou que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento, “cerne da tese que prega a superioridade do matrimônio como forma de constituição da família, tese essa que adquire maior repercussão quando se discute o estatuto normativo do casamento e da união estável” (NEVARES, 2015, p. 138). Como visto, diante

desse quadro, surgiram três correntes: a) casamento é maior que união estável; b) casamento é igual à união estável; c) casamento é diferente de união estável.

Compreender que o casamento seja hierarquicamente superior às demais formas de família significa dizer que terá proteção prioritária pelo ordenamento jurídico, “admitindo-se que aos casados sejam atribuído direitos superiores em relação àqueles que constituem outras formas de entidades familiares, simplesmente porque celebraram o ato formal do matrimônio” (NEVARES, 2015, p. 138). Isso vai totalmente de encontro ao conjunto de valores e princípios auferidos no decorrer dos anos pelo ordenamento jurídico brasileiro tratando-se de tese, evidentemente, inconstitucional.

O ápice das transformações pelas quais a entidade familiar brasileira passou no decorrer dos anos ocorreu com a Constituição Federal de 1988, cujos valores sociais estão atrelados, principalmente, na dignidade humana, solidariedade e igualdade. Assim, a família “está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 87). Por isso, Pereira (2006, p. 36) assevera a necessidade em elencar os princípios fundamentais do Direito de Família, “sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça”.

É possível constatar, então, que a Carta Cidadã de 1988 foi responsável por promover uma reconstrução da dogmática jurídica, determinando a cidadania como base, de modo a prevalecer valores mais humanitários e sociais. Nesse sentido está o fundamento primordial da CRFB em seu art. 1º, inciso III, que é a dignidade da pessoa humana, intrinsecamente ligada ao Direito de Família. Desse modo, a especial proteção atribuída à família pelo Estado reside nada mais que na dignidade humana, o que assegura o desenvolvimento pessoal e social de cada membro da entidade familiar. Nas palavras de Pereira (2006, p. 100),

isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

No mesmo sentido, afirma Gustavo Tepedino (1994, p. 36) que

é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito

positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Ante a proteção da dignidade para todos e, “sendo a família um instrumento para a concretização deste princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção, a mesma relevância no ordenamento jurídico brasileiro” (NEVARES, 2015, p. 141). Por isso, a regra do art. 226, § 3º, da CRFB não configura uma interpretação de prioridade do casamento, pois

configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejam casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como uma norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio da igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra” (LÔBO, 2002, p. 43).

Inovando a compreensão das entidades familiares, que, por muitos anos, esteve atrelada ao matrimônio, o Texto Constitucional ampliou o conceito de família, que, independentemente do modelo adotado, deve auferir a mesma proteção jurídica dada ao casamento. “O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sem qualquer represamento” (DIAS, 2010, p. 63). É por esse motivo que

a união estável entre o homem e a mulher com o objetivo de constituir família tem a mesma proteção que o Estado libera para a família fundada no casamento. A única diferença diz respeito à prova do vínculo horizontal de família que se produz muito mais facilmente no casamento (COELHO, 2016, p. 136).

O fato da família plural decorrer das garantias de liberdade e igualdade, provenientes do macrop princípio da dignidade humana fez com que a família passasse a ser, “predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família” (PEREIRA, 2006, p. 167). O afeto, apesar de não vir expresso no texto constitucional, está acolhido no âmbito de proteção da família, até porque ao se reconhecer como entidade familiar a união estável, “isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico” (DIAS, 2013, p. 72). Além disso, “a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época” (LÔBO, 2004, p. 155).

Então, após a CRFB instaurar o regime democrático de direito, preocupou-se em abolir qualquer discriminação, concedendo, assim, liberdade e igualdade no âmbito familiar. “A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental

ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos” (DIAS, 2013, p. 67). Em decorrência disso é possível a constituição de uma família oriunda do casamento ou da união estável, seja esta hétero ou homossexual. Também é permitida a dissolução do casamento e a extinção da união estável, bem como a alteração do regime de bens, exemplos que ressaltam como a liberdade está cada vez mais em evidência. Assim,

quer dizer, as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. As não constitucionais (fundadas em união livre, de pessoas do mesmo sexo e demais), porém, são igualmente famílias e merecem ser reconhecidas e protegidas como tais pela ordem jurídica (COELHO, 2016, p. 134).

O princípio da igualdade é resumido como o tratamento dos iguais de modo igual e dos desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Salienta-se a importância do respeito às diferenças, em que é “necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro” (PEREIRA, 2006, p. 141), até porque o conceito de igualdade está intimamente ligado ao ideal de justiça. Nesse sentido, “a diversidade da regulamentação das entidades familiares deve levar em conta as peculiaridades de cada uma delas, ou seja, os aspectos em que se diferenciam, não podendo ser justificada pela superioridade de uma em relação à outra” (NEVARES, 2015, p. 142). Todavia, o conteúdo de cada regulamento deve respeitar o princípio da igualdade, o qual é violado se cidadãos no mesmo patamar são tratados de modo diverso, como no caso do casamento e da união estável, institutos que se diferem quanto ao seu modo de constituição: o primeiro é ato solene e formal e o segundo, situação de fato. Por isso,

pode-se dizer que as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito. No entanto, são diversas quanto à sua constituição e, por essa razão, a regulamentação de cada uma deverá conter diferenciações (NEVARES, 2015, p. 144)

Dessa forma, quanto aos pontos em que se identificam, casamento e união estável devem auferir direitos iguais, garantindo-se a aplicação dos princípios acima elencados, principalmente a dignidade humana e a igualdade. Importante analisar, pois, se o tratamento sucessório do companheiro, diferenciado daquele concedido ao do cônjuge, possui fundamento lógico constitucional, alvo de inúmeras discussões tanto doutrinárias, como jurisprudenciais.

3.2 Críticas ao direito sucessório do companheiro na legislação civil atual

Como já ressaltado, a partir do momento em que foi reconhecida a união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988 e por outras normas – como as Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 que regulam o direito a alimentos, meação e herança –, tem-se que “toda e qualquer leitura dos dispositivos normativos da união estável há de ser concretizada com o espírito da igualdade constitucional e, principalmente, com o escopo de tutelar os seus componentes, garantindo-lhes a imprescindível dignidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 461).

Indo totalmente de encontro a esse panorama de igualdade entre os institutos familiares, por mais que possuam particularidades quanto a sua formação, a legislação civil de 2002 promoveu um recuo considerável ao colocar o companheiro em posição inferior com relação àquela dada ao cônjuge, com o art. 1.790. “O tratamento desigual dado ao cônjuge e ao parceiro não se justifica, em vista do reconhecimento da união estável como entidade familiar” (DIAS, 2005, p. 104). Essa situação, sem dúvida, “enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada” (NEVARES, 2015, p. 141).

Percebe-se, primeiramente, a má sistematização do legislador ao situar o artigo referente à sucessão do companheiro ao lado das normas que estabelecem os princípios gerais das sucessões, como já salientado. Todavia, “a localização do art. 1.790 do Código é um problema menor, pois referido dispositivo merece censura e crítica severa, porque é deficiente e falho em substância” (VELOSO, 2006, p. 231).

Do *caput* do aludido preceito, tem-se que a sucessão do companheiro apenas está limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Sobre esses bens, durante a convivência, o companheiro já é meeiro, consoante prevê o art. 1.725 do CC/2002. Além disso, clara está a confusão do legislador entre esforço comum e sucessão, pois

o primeiro é indispensável para a partilha do patrimônio amealhado em vida pelos consortes, o mesmo não podendo ser dito quanto à sucessão, que deve incidir na totalidade do patrimônio do falecido. Note-se que, não havendo tais bens no acervo hereditário, o companheiro sobrevivente nada receberá, já que nem mesmo o direito real de habitação lhe é garantido pelo Código nas normas que disciplinam a sucessão hereditária na união estável, podendo restar totalmente desamparado (NEVARES, 2015, p. 155).

É por isso que o fato de limitar o “direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhuma

razão, não tem lógica alguma e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas” (VELOSO, 2006, p. 243).

Após essa constatação, nota-se que “na concorrência sucessória com os descendentes, a fração a ser recebida por cônjuges e companheiros só é igual em uma única hipótese: quando todos os herdeiros são filhos seus, e isso se o número deles não for superior a três” (DIAS, 2013, p. 160). Ou seja, a sucessão do companheiro é apenas semelhante àquela concedida ao cônjuge sobrevivente (desde que o regime de bens permita e o número de filhos não seja maior do que três), no caso do primeiro inciso do art. 1.790 do CC/2002, quando concorre com descendentes comuns. Nos demais incisos, restringiu-se a uma quota totalmente discriminatória em relação ao casamento.

Por outro lado, é destinado, no caso do companheiro sobrevivente concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, unicamente metade do valor cabível a cada um daqueles. Isso é considerar o vínculo de quem vive em união estável inferior aos laços consanguíneos, “posicionamento incompatível com o dever de solidariedade que informa as relações familiares e a valorização do elemento afetivo nas mesmas” (NEVARES, 2015, p. 155).

Ao se comparar a sucessão no casamento e na união estável, no que diz respeito à concorrência de cônjuges e companheiros com os descendentes, salienta-se que há claramente um tratamento prejudicial e desvantajoso a ambos, pois privilegia ora um, ora outro. Isso porque

quando se considera a hipótese do companheiro concorrendo com descendentes comuns, nota-se que ele, em princípio, se encontra numa situação mais vantajosa que o cônjuge. Enquanto esse nem sempre concorre, porque, dependendo do regime do casamento, estará excluído da primeira classe dos herdeiros legítimos, o convivente terá sempre o direito de concorrer. (...) O desequilíbrio no tratamento dos direitos sucessórios se inverte, porém, quando o falecido deixa descendentes exclusivos, se comparada a hipótese à do cônjuge com direito à concorrência (...). Nesse caso, o companheiro recebe a metade do que receberia o cônjuge na mesma situação. Também se desequilibra a equação em desfavor do companheiro, no caso de o cônjuge com direito à concorrência ter descendentes comuns em número igual ou superior a quatro (COELHO, 2016, p. 261).

Já no caso de haver outros parentes sucessíveis, não importando o grau ou a classe, o companheiro irá auferir um terço da herança, ao passo que o cônjuge sobrevivente tem direito a suceder em igual porção (se concorrer com ascendentes em primeiro grau) ou metade (quando houver só um ascendente, ou se maior for o grau – art. 1.837 do CC/2002). Ainda, quando se fala da concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes, isso independe da meação, uma vez que não há qualquer relação com o regime de bens adotado. Esse inciso

traz uma situação incontestável de injustiça, não apenas com relação à posição sucessória do companheiro em concorrência com os ascendentes, mas, principalmente, pela situação precária ao concorrer com os parentes colaterais. Estes tiveram posição mais privilegiada na ordem de vocação hereditária, pouco importando a convivência afetiva entre os companheiros, com o objetivo de constituir família. Nas palavras de Nevares (2015, p. 120):

sem dúvida, trata-se de uma extrema injustiça, uma vez que o companheiro sobrevivente - aquele que compartilhava a vida com o falecido - receberá apenas um terço da herança compreendida pelos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabendo os dois terços restantes aos colaterais, a quem caberão, ainda, os demais bens do autor da herança não enquadrados naqueles adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento.

Por fim, no que diz respeito à inexistência de parentes sucessíveis, “é incompreensível a diferença referentemente ao casamento, onde o cônjuge receberá o total da herança se não houver parente descendente ou ascendente – art. 1.838” (RIZZARDO, 2014, p. 195). Pelo último inciso do art. 1.790, tem-se que, ao contrário do terceiro lugar do cônjuge na ordem de vocação hereditária, o companheiro está em última colocação, apenas recebendo a totalidade da herança se não houver nenhum parente do falecido convivente, seja ele irmão, tio, sobrinho, tio-avô ou primo.

Diante do tratamento diferenciado e ofensa, em especial, aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade, há, irrefutavelmente, um retrocesso social e legislativo de tal dispositivo. Nesse sentido está o posicionamento de grande parte da doutrina, dentre eles Zeno Veloso (2006, p. 249), que defende a inconstitucionalidade da norma legal que regulamenta o direito sucessório do companheiro, de modo inferior aqueles assegurados aos cônjuges:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Sobre a temática, importante destacar o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 256) com relação ao companheiro, caso em que

não se pode negar que, no plano da contribuição para a construção do patrimônio do falecido, encontra-se em pé de igualdade com o cônjuge. A mesmíssima contribuição que se presume seja dada por um cônjuge também provém daquele que convive em união estável. Não há diferença nenhuma, sob o ponto de vista da maior ou menor importância da contribuição para a construção e manutenção do patrimônio de alguém, se a relação de conjugalidade em que está envolvido funda-se no matrimônio ou na convivência duradoura, pública e destinada à constituição de

família. Cônjuge e companheiro contribuem igualmente para o implemento do patrimônio da pessoa à qual estão vinculadas.

E continua o autor:

Desse modo, se o cônjuge tem se beneficiado de uma inegável valorização em sua posição na ordem de vocação hereditária, em função do reconhecimento de sua maior contribuição para a formação do patrimônio a partilhar, é inconcebível que o companheiro não possa desfrutar de igual promoção. Seria uma odiosa discriminação. O direito das sucessões, portanto, não pode diferenciar o cônjuge e o companheiro, na definição das preferências e quinhões sucessórios. Ambos devem receber da lei tratamento idêntico, porque não existem razões que possam justificar qualquer vantagem ou desvantagem, para um ou para outro, no momento da destinação dos bens do falecido com quem mantinham relação de conjugalidade. O Código Civil, no entanto, tratou diferentemente a família fundada no matrimônio e a constituída por união estável. Discriminou-as, conferindo mais vantagem ora ao cônjuge, ora ao convivente. Ao fazê-lo incorreu em inconstitucionalidades que precisam ser consertadas pela tecnologia jurídica (2016, p. 256).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2005, p. 104):

o legislador afrontou a norma constitucional. O tratamento diferenciado inegavelmente desobedeceu o princípio da igualdade, que tem assento constitucional, sede que consagrou a união estável como entidade familiar e a igualou ao matrimônio, sem distinções de ordem patrimonial.

Constata-se, ainda, que o Código Civil não considerou o companheiro como herdeiro necessário, mas facultativo e legítimo, situação também totalmente oposta àquela concedida ao cônjuge supérstite, o qual está no rol de herdeiros a que se assegura a legítima. Nesse sentido, pondera Maria Berenice Dias (2013, p. 76) que

o Código Civil promoveu o cônjuge à condição de herdeiro necessário (CC 1.845), mas o companheiro, não. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O seu direito é garantido. Faz jus à legítima, ou seja, à metade do acervo que integra a herança. [...] O companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário (CC 1.790). Como herdeiro facultativo pode imotivadamente ser excluído da sucessão (CC 1.850).

Entretanto, apesar do art. 1.845 do CC/2002 não fazer referência expressa ao companheiro no rol de herdeiros necessários, “ainda bem que a doutrina vem fazendo outra leitura deste dispositivo legal, e considerando o companheiro herdeiro necessário sob o fundamento de ter direito de concorrência sobre os aquestos” (DIAS, 2013, p. 143). Dessarte, o companheiro é visto como “herdeiro necessário especial ou *sui generis*, sob o fundamento de que a lei reservou a ele uma fração dos bens adquiridos onerosamente pelo casal durante a união” (DIAS, 2013, p. 76). Nesse sentido, é o que sustenta Andréa Rodrigues Amin (2004, p. 125): “ora, se o direito a suceder é inafastável e há reserva de quota para o companheiro, forçoso concluir que deve ser considerado herdeiro necessário”.

Por isso que não há qualquer sentido que justifique o posicionamento do legislador ao regular esse artigo, até porque o conceito de família, nos dias de hoje, é mais abrangente no

sentido de reconhecer e englobar grande parte das famílias formadas pelo afeto. O direito sucessório do companheiro está separado “da efetiva proteção humana, negando a sua plena realização e dignidade e, por conseguinte, afrontando a Lei Maior” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 462). Sobre a questão, também elucida Silvio Rodrigues (2002, p. 119-120):

em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Outro ponto de inúmeras discussões, que também merece ser destacado, é aquele referente ao direito real de habitação e ao usufruto vidual em favor do companheiro sobrevivente, quanto à revogação, ou não, dos artigos 7º e 2º, incisos I e II, respectivamente pertencentes às Leis n. 9.278/1996 e 8.971/1994. Alguns doutrinadores defendem a ideia de que o Código não revoga tais leis especiais, principalmente no que diz respeito ao direito real de habitação. “A premissa é verdadeira, quando se afirma que a legislação não foi revogada. Porém, a nova regra restringe expressamente a participação do herdeiro nas condições nela estabelecidas” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 221). É por isso que

o companheiro também é titular do direito real de habitação, não somente por força da isonomia de tratamento em relação ao cônjuge, constitucionalmente assegurada, como também em razão da expressa previsão do art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, que continua em vigor por versar sobre tema não disciplinado no Código Civil (COELHO, 2016, p. 269)

Desse modo, a situação discrepante do direito sucessório do companheiro e do cônjuge, não é justificável, pois são entidades iguais em sua essência, com base em vínculos de amor, solidariedade e respeito. Afirma Nevares (2015, p. 149) que:

em que pese casamento e união estável constituírem situações diversas, este fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (CF/88, art. 226, *caput*) e é a família o organismo social legitimador do chamamento de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares.

Na condição de comunidades familiares protegidas igualmente pela Carta Cidadã, de 1988, não pode haver tutela sucessória diferenciada ante a diversidade entre casamento e união estável,

pois ambas constituem um organismo familiar, que qualifica a relação do chamado à sucessão, bem como sendo encontrada a mesma vedação em razão da posição que cônjuge e companheiro ocupam nas respectivas comunidades familiares, conclui-se que os direitos sucessórios conferidos a um e a outro devem ser os mesmos, observando-se as relações patrimoniais existentes entre os consortes (NEVARES, 2015, p. 151).

Ademais, como já relatado, o dispositivo constitucional que, além de reconhecer expressamente a união estável enquanto entidade familiar, facilita a sua conversão em

casamento, assim foi redigido no sentido de demonstrar uma opção aos interesses dos companheiros, em um mesmo patamar de igualdade familiar que os cônjuges, e não uma hierarquização entre os institutos:

O cônjuge e o companheiro não podem ser tratados de forma diferenciada, pelo direito das sucessões, porque integram famílias constitucionais. Na superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil, deve-se adotar o princípio da prevalência da norma que dispensa (seja ao cônjuge ou ao companheiro) o melhor tratamento. Assim, o cônjuge titula os direitos sucessórios que a lei reconheceu ao companheiro, quando privilegiou este último; e o companheiro titula os direitos sucessórios atribuídos pela lei ao cônjuge, quando forem mais vantajosos (COELHO, 2016, p. 267).

Há, pois, entendimentos na jurisprudência em prol da inconstitucionalidade de incisos do art. 1.790 do CC/2002, de modo a afastar tratamentos desiguais entre casamento e união estável, institutos que devem receber tratamento legal idêntico, ante a proteção estatal assegurada a todas as entidades familiares e, também, conforme os princípios de igualdade e dignidade.

3.3 Análise jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002

A partir do art. 226 da Magna Carta de 1988, há a concepção da família de modo plural, sendo que, em seu § 3º, é reconhecida expressamente a união estável como entidade familiar, dotada de especial proteção estatal. Contudo, o tratamento dado ao companheiro (ou companheira), no que diz respeito ao direito sucessório, está totalmente em desacordo com a isonomia constitucional assegurada entre as diferentes modalidades de família.

Por esse motivo que o art. 1.790 do CC/2002, responsável por tratar sobre o direito sucessório de conviventes da união estável, foi de todo retrógrado, comparando-se à situação obtida pelo cônjuge. Aqueles que contraem núpcias adquiriram a posição de herdeiros necessários, sendo que, do rol de pessoas chamadas a suceder, encontram-se da primeira até a terceira posição: ora em concorrência com os descendentes, ora em concorrência com os ascendentes, ora sozinhos auferindo a totalidade da herança.

Em contrapartida, os(as) companheiros(as) são apenas herdeiros legítimos, tendo direito à herança apenas para aqueles bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável. Ademais, apesar de concorrerem com os descendentes, apenas na situação em que forem filhos comuns adquirirão a mesma quota destinada aos cônjuges. Caso os filhos sejam apenas do falecido, irão auferir o equivalente a metade do que couber à prole. Porém eis a

situação mais discrepante: caso existam outros parentes sucessíveis, incluindo-se ascendentes e colaterais até o quarto grau, caber-lhe-á um terço da herança.

Ante as discussões ainda existentes sobre o assunto, após elementos colhidos da doutrina elencados no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso, é de grande importância fazer a análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça Estaduais, especialmente dos incidentes de arguição de constitucionalidade. Isso porque

o órgão do tribunal encarregado da decisão do caso que motivou o incidente ficará vinculado ao entendimento fixado pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão que fizer as suas vezes. O julgamento do incidente figurará como “premissa inafastável” da solução que a Turma ou Câmara vier a dar (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 780).

Apesar da grande relevância dessas decisões, é importante salientar que as Cortes não ficam necessariamente ligadas “aos fundamentos atribuídos à pretensa inconstitucionalidade pelo suscitante do incidente” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 780).

Optou-se pelos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, tendo em vista que já apreciaram arguições de inconstitucionalidade a respeito do art. 1.790 do CC/2002.

3.3.1 Entendimento da jurisprudência catarinense: exame minuciado da Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2/0001.00

No que diz respeito à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, desde a vigência do atual Código Civil, julgaram-se inúmeros processos referentes à sucessão do companheiro, abrangendo a temática da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, principalmente do seu inciso terceiro.

Nesse sentido, importante destacar e analisar minuciosamente a Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2/0001.00, julgada pelo Órgão Especial em 17 de dezembro de 2014, a qual reconheceu a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil.

Nos autos originários, a decisão interlocutória objeto do agravo reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo em tela, sob o argumento de que está em desavença com o disposto no art. 5º, inciso XXX, bem como em desconformidade com os artigos 226 e 227, § 6º, todos da Constituição Federal. Em decorrência disso, os agravantes postularam a constitucionalidade do dispositivo. Decidiu-se, então, suspender o julgamento do recurso e submeter a matéria ao exame de constitucionalidade no âmbito do Órgão

Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), em cumprimento às determinações do Supremo Tribunal Federal.

No início do voto, o Desembargador Relator já traz ilustre entendimento, no sentido de que a união estável e o casamento são institutos de idêntica natureza e merecedores, assim, de tratamento isonômico enquanto família, base da sociedade, e merecedora de especial proteção estatal. Nesse sentido, salienta, com relação ao § 3º do art. 226 da CRFB, que:

o disposto na parte final do § 3º supra transcrito deve ser interpretado em consonância com o normado no *caput*, tendo presente o princípio maior de que a família (quer seja constituída pelo casamento, quer seja pela união estável, quer seja o arranjo monoparental) é merecedora de proteção estatal. Nesse sentido, a facilitação nele prevista para convolar-se a união estável em casamento não implica um *minus* da primeira em comparação com o segundo, nem que seja aquela um rito de passagem ou um degrau inferior em relação a este, senão que avulta como instrumento para dar mais segurança jurídica aos próprios companheiros, haja vista as formalidades cartoriais intrínsecas a este último, devendo, porém, ser reverenciada, antes e acima de tudo, a enunciação igualitária de que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (*caput* do art. 226/CF). Afinal, mais relevante do que o modelo pelo qual a família é constituída, é o modo pelo qual se a protege juridicamente.

Desse modo, já são perceptíveis alguns pontos em comum com o presente trabalho, em que se opina no sentido da concepção pluralista de família, concedendo-se tratamento igualitário entre os institutos familiares fundados no afeto e se reprimindo, assim, qualquer tratamento discriminatório, como no caso do inciso III do art. 1.790 do CC/2002, em que se priorizam outros parentes sucessíveis, em detrimento do companheiro sobrevivente.

Obtemperou que a temática também foi motivo de incidente de inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça (Agravo de Instrumento no Recurso Especial n. 1.135.345/PB, Corte Especial, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 03-10-2012), mas que, apesar de não conhecido, foi relevante no que diz respeito à análise histórico-jurídica, motivo pelo qual utilizou diversos trechos do acórdão em sua fundamentação.

Dentre eles, trouxe um resumo dos institutos do casamento e da união estável no decorrer dos anos, até a Carta Constitucional de 1988, conforme demonstrado pelo Capítulo 1 da presente monografia, estabelecendo-se especial proteção estatal à família como um todo "sem ressalvas, sem reservas, sem 'poréns' quanto à forma de constituição", em prol da dignidade de seus membros. A partir daí que surge a visão familiar alicerçada substancialmente nos elos de afetividade, a qual

[...] permite abarcar todos os tipos de união, de modo a alcançar indistintamente pelo conceito de família constitucionalizada aquelas decorrentes, tanto do casamento, quanto da união estável, além da conhecida família monoparental.

Do acórdão do Superior Tribunal Justiça também é possível colher a corrente a que o relator se filia ao discutir a justificação do tratamento diferenciado, qual seja, a de entender que são institutos diferentes pelo fato de que o casamento, ao contrário da união estável, é ato jurídico solene. Contudo, apesar disso, ressaltou-se que, com relação aos vínculos de afeto, de solidariedade e de cumplicidade entre as famílias, são entidades merecedoras de igual tratamento. Veja-se:

[...] união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento. [...] A norma contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como corretamente afirmado pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, na relatoria do REsp. n. 827.962/RS, é uma norma de inclusão, sendo contrária ao seu espírito a tentativa de lhe extrair efeitos discriminatórios. [...] Portanto, a possibilidade de conversão dos institutos - que é mera faculdade conferida aos próprios companheiros - não pode servir de supedâneo para eventuais tratamentos discriminatórios entre casamento e união estável. Por óbvio que, em caso de conversão de uma união estável em casamento, não se convertem as entidades familiares, mas os vínculos jurídicos existentes entre os conviventes, e é aqui que reside a real diferença entre a união estável e o casamento. [...] Ou seja, é normal que as disposições relativas ao casamento como ato jurídico formal e solene sejam aplicadas somente aos cônjuges. Todavia, as normas cuja *ratio* deita raízes nas relações familiares, justificadas, portanto, em valores metajurídicos relacionados à solidariedade, à afetividade e à comunhão plena de vida, devem ser aplicadas a ambas as entidades familiares, casamento e união estável, cônjuges ou companheiros, tal como vem decidindo, acertadamente, a jurisprudência.

Em outro ponto da compreensão da Corte Superior, foram feitas críticas com relação aos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002, tais como realizado pelo presente capítulo deste trabalho, ao se afirmar que é incabível a diferenciação da sucessão do companheiro com relação à do cônjuge.

O Desembargador relator do Tribunal de Justiça de Santa Catarina asseverou, novamente, no corpo do voto, o quão inaceitável é o tratamento discriminatório ocasionado pelo dispositivo questionado, de modo que está totalmente incompatível com a Constituição Federal:

afinal, como visto, não é admissível, em razão da Carta Magna, estabelecer distinção - para fins de efeitos jurídicos aos seus partícipes -, entre o núcleo familiar constituído pelo casamento e pela união estável (além do arranjo monoparental), já que todos eles, sem qualquer discriminação, devem merecer especialíssima proteção do Estado. E, como o dispositivo objeto da arguição de inconstitucionalidade (inc. III do art. 1.790 do Código Civil), traz consigo o indigitado vilipêndio discriminatório, ele é flagrantemente inconstitucional.

Ainda, corroborando seu entendimento para reconhecer, ao fim, a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do CC/2002, trouxe precedentes do mesmo Egrégio Tribunal de Justiça:

[...] A Carta Magna de 1988, por meio de seu art. 226, igualou a união estável e o casamento no tocante a direitos e proteção estatal, não havendo qualquer razão para

que haja diferenças no tratamento entre os cônjuges e os companheiros. Desse modo, o art. 1.790 do Código Civil, que regula a ordem de sucessão na união estável, mostra-se em desacordo com o ordenamento constitucional, pois não observa a mencionada igualdade, reduzindo o direito do companheiro supérstite, se comparado com o rol de garantias conferidas ao cônjuge sobrevivente. [...] (AC 2007.17209-6, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 16.10.2007)

[...] Face à isonomia constitucional, o direito sucessório do companheiro deve ser equiparado ao do cônjuge, afastando-se a aplicabilidade de disposição legislativa que o coloque em posição inferior, tal como o art. 1.790 do CC/2002, que limita o direito do sobrevivente sobre bens adquiridos na constância da união. [...] (AC 2008.008859-6, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 22.11.2012)

[...] A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros - inciso III do art. 1.790 do Código Civil - viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar [...] (AC 2006.022719-2, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 11.11.2010)

Ante o exposto, tem-se que o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina está em consonância com o posicionamento de grande parte da doutrina e jurisprudência, inclusive com a argumentação deste trabalho, em que se defende um tratamento jurídico igualitário entre os institutos do casamento e da união estável, ainda que diferenciados nas suas solenidades.

3.3.2 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná e a inconstitucionalidade do inciso III artigo 1.790 do Código Civil de 2002

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná, no incidente declaração de inconstitucionalidade de n. 536589-9/01, julgado em 04 de dezembro de 2009, de relatoria do Desembargador Sérgio Arenhart, entendeu, por maioria de votos, julgá-lo procedente. Junta-se a ementa do decisório:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO "STATUS" DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e

ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.

Primeiramente, elencou-se a forma como o tema da sucessão do cônjuge e do companheiro é tratado no Código Civil de 2002, como foi realizado no segundo capítulo desta monografia. Em seguida, chegou a conclusão de que:

Resta claro, portanto, que o Código Civil confere tratamento diferenciado ao cônjuge e companheiro no que pertine aos direitos sucessórios, favorecendo aquele que constrói sua família através do matrimônio. Nota-se, entretanto, que com o advento da Constituição de 1988, a noção de entidade familiar sofreu alterações substanciais, as quais não podem deixar de ser consideradas. A Carta da República elevou a união estável ao status de entidade familiar, merecendo, tal como aquela derivada do casamento, a proteção do Estado, de acordo com o que determina o caput do seu artigo 226.

Da fundamentação do voto, nota-se que há a compreensão de que casamento e união estável são institutos diferentes, mas merecedores do princípio constitucional da igualdade:

Cumpra assinalar que muito embora a Constituição tenha ampliado o conceito de família, para fins de também abarcar aquela decorrente de união estável, bem como ter conferido maior proteção aos companheiros, o casamento e a união estável se mantêm como institutos autônomos e diferentes, o que se pode concluir do fato de a Lei Maior dispor que a conversão em casamento deve ser facilitada.

[...]

Nada obstante isso, a distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.

Por esse motivo,

aplicar o supracitado artigo 1.790 do Código Civil, além de violar as normas constitucionais em razão do tratamento paritário conferido à união estável em relação ao casamento, implica em um retrocesso em relação ao instituto e aos valores já conquistados, tais como a tutela do companheiro e da família

Ante o exposto, votou a Corte paranaense pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, por flagrante e manifesta afronta ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal.

3.3.3 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a constitucionalidade do artigo 1.790, *caput*, e incisos III e IV do Código Civil de 2002

Diferentemente do entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e do Paraná está o posicionamento da Corte de Justiça gaúcha, consoante os

dois julgados de incidentes de constitucionalidade referentes à temática, que serão a seguir elencados.

Em primeiro lugar, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) já teve oportunidade de apreciar um incidente de inconstitucionalidade que tinha por objeto apenas e tão-somente o inciso III do art. 1.790 (tombado sob o n. 70029390374), o qual foi julgado improcedente, por maioria. Assim, entendeu-se que o dispositivo não afronta a CRFB, uma vez que o constituinte objetivou, com o § 3º do art. 226, demonstrar que casamento e união estável são institutos diferenciados. Eis a ementa da decisão:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade N.º 70029390374, Tribunal Pleno, TJRS, Relator: Leo Lima, Julgado em 09/11/2009)

No julgado mais recente, de 24 de fevereiro de 2014, tratou-se sobre a questão da incidência do *caput* do art. 1.790 do CC/2002 (incidente de constitucionalidade de n. 70055441331, de relatoria do Desembargador Rui Portanova), que também foi considerado improcedente.

No decorrer do voto, o relator entendeu ser inconstitucional o *caput* do aludido dispositivo, ao delimitar o direito sucessório do companheiro apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, afrontando o que dispõe os artigos 1º, inciso III; 5º, *caput* e § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Como fundamento, utilizou a razão de decidir voto do eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, ao suscitar incidente, parecido com os autos em questão, junto ao Superior Tribunal de Justiça. Salientou que não se trata de situação semelhante, uma vez que no voto do eminente ministro estava em debate a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002. Colhe-se do acórdão do TJRS:

[...] como se verá, tanto no caso em apreciação no Egrégio Superior Tribunal de Justiça como aqui, estava em debate um mesmo tema que está na raiz da inconstitucionalidade: a odiosa discriminação de efeitos entre as pessoas que vivem ou viveram em união estável e as pessoas que vivem ou viveram em casamento.

Desse modo, é possível notar que sua percepção está pautada nada mais que na corrente que defende a isonomia dos institutos da união estável e do casamento, ante o mesmo valor a ser protegido por ambos, qual seja, o amor. Nesse sentido, afirmou que:

a discriminação feita pela lei, parece ser uma discriminação feita em relação ao instituto jurídico. Mas não é. Na verdade, a lei discrimina pessoas pela forma como se unem em seus afetos.

Trouxe, em seguida, as considerações que embasaram o voto que originou o incidente no STJ, decidindo no sentido de declarar inconstitucional a parte do *caput* do art. 1.790, do Código Civil Brasileiro, quando diz “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ainda que a justificativa do relator tenha sido relevante, o revisor e redator do acórdão, Desembargador Marco Aurélio Heinz, argumentou em sentido oposto, conforme a opinião de que casamento e união estável não são entidades familiares iguais:

Ora, o art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal estabelece que, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Então, é intuitivo que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios senão era desnecessário converter a união em casamento. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades de entidade familiar.

Em razão do exposto, não vislumbrando qualquer vício no referido art. 1.790 do Código Civil, por estar evidente a ausência de igualdade entre as entidades familiares na CRFB, posicionou-se o Órgão Especial do TJRS para julgar improcedente o incidente de inconstitucionalidade, concepção acompanhada pela maioria dos seus membros.

Assim, apesar da argumentação e do posicionamento do Tribunal no sentido de ser constitucional o dispositivo sobre a sucessão do companheiro na Codificação Civilista de 2002, por estar em conformidade com a diferença entre o casamento e a união estável, elencada pela própria CRFB, no art. 226, § 3º, tal alegação não merece prosperar. Isso porque, ainda que existam diferenças entre essas modalidades afetivas, são excessivos os benefícios concedidos ao direito sucessório do cônjuge, que vão além das formalidades exigidas por cada instituto, subvertendo inúmeros princípios constitucionais e, principalmente, o dever de proteção estatal à família como um todo.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o trabalho desenvolvido, elucidar o fato de que o direito sucessório do companheiro deve ser equiparado ao aplicado ao cônjuge, ainda que existam particularidades para cada uma dessas entidades familiares.

Primeiramente, foram expostas as formações familiares ao longo da história, desde o Direito Romano, Canônico e Português, até o Direito Brasileiro. Com isso, observou-se que, por muito tempo, o casamento era instituto familiar por excelência, sendo o único meio capaz de estabelecer família, fato que era reconhecido pelo legislador, pela Igreja e pela sociedade.

Contudo, esse ideal clássico de constituição familiar foi se modificando conforme as evoluções sociais, sendo substituído por um perfil multifacetário e pluralista de união, pautado, principalmente, no afeto. A partir de então, o concubinato, por mais que sempre tenha existido simultaneamente aos laços matrimoniais, deixou de ser visto como atividade ilícita extraconjugal, contrário à moral e aos bons costumes.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, em contraposição ao modelo autoritário familiar nos tempos de outrora, ampliou a noção de família com o advento da Constituição Federal de 1988, ante o fundamento da dignidade da pessoa humana, pertencente ao Estado Democrático de Direito Brasileiro. O legislador constituinte não mais considerou o casamento como única entidade familiar dotada de proteção estatal, reconhecendo, também, a união estável, no art. 226, § 3º.

Ainda, a segunda parte do dispositivo acima mencionado dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o que ocasionou no surgimento de três correntes de interpretação: a) casamento é superior à união estável; b) casamento é diferente de união estável; c) casamento é igual à união estável. Demonstrou-se que o primeiro entendimento, de cunho conservador, está em desuso, tendo em vista que vai de encontro aos princípios da pluralidade das formas da família e da igualdade, principalmente. Quanto aos outros dois posicionamentos, ainda que um defenda que sejam institutos iguais e o outro não, ambos reconhecem que cônjuges e companheiros devem auferir tratamento isonômico, sem qualquer discriminação ao serem regulamentados na lei, sob pena de inconstitucionalidade da mesma.

Seguindo as inovações pelas quais o instituto da união estável passou, foram editadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, as quais, além de estipularem os requisitos essenciais para o

reconhecimento de uma união estável, estabeleceram os direitos e deveres dos companheiros a alimentos, sucessão, meação e conversão da união estável em casamento, garantias muito similares àquelas previstas aos cônjuges no Código Civil de 1916 e na jurisprudência pátria.

Com o Código Civil de 2002, surgiram novas mudanças com relação às leis infraconstitucionais anteriores, de modo que, para caracterizar uma união estável, desnecessário o decurso de um tempo mínimo, além de ser configurada quando fosse uma convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família. Exigiu-se, também, a carência de impedimentos legais ou matrimônio civil válido. Assim, a codificação civilista tornou possível, ainda, a existência do companheirismo entre pessoas casadas, mas separadas de fato. Foram estipulados também aqueles direitos já auferidos aos companheiros, salvo no caso da sucessão, em que houve inegável retrocesso.

Para a compreensão das discrepâncias existentes nas regras do direito sucessório, alguns conceitos gerais das sucessões foram preliminarmente tratados. Após, foram analisados os principais aspectos do direito sucessório do cônjuge, uma vez que extremamente valorizado com relação ao daqueles que convivem em união estável. Conforme se colhe dos artigos da Legislação Civil atual, o cônjuge já ocupa a primeira classe da ordem de vocação hereditária, concorrendo com os descendentes e, em seguida, com os ascendentes. Na ausência de parentes em linha reta, terá direito à totalidade da herança e, aos colaterais, só irão receber patrimônio em último caso, se ausente nubente supérstite. É importante salientar que, apenas será relevante o regime de bens do cônjuge no caso de concorrer com os descendentes, eis que o Código Civil de 2002 trouxe regramentos específicos, não importando às demais situações. Também se assegura ao viúvo o direito real de habitação para não deixá-lo desamparado.

Em sentido totalmente oposto está a sucessão decorrente da união estável que, apesar de estar finalmente normatizada no Código Civil, é alvo de inúmeras críticas, tendo em vista que o companheiro foi colocado em posição muito inferior com relação àquela dada ao cônjuge. Assim, foram salientados todos os aspectos que retratam esse recuso pelo legislador: a má sistematização quanto à localização do art. 1.790 no Código Civil de 2002; a restrição do direito sucessório do companheiro apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união; a sua condição de herdeiro não necessário; a ordem de vocação hereditária do companheiro e suas quotas da herança gradativamente e injustamente diminuídas; a falta de direito real de habitação. Todos os direitos e deveres conquistados com as Leis 8.971/94 e 9.278/96, bem como com a jurisprudência foram menosprezados.

Mesmo que casamento e união estável sejam institutos familiares distintos, com as suas respectivas características e formalidades (no que diz respeito ao matrimônio, especialmente), injustificável qualquer hierarquia entre eles, pois são dotados de igual proteção estatal por serem a base da sociedade. São entidades iguais em sua essência, baseados em vínculos de afeto, amor e solidariedade. Por isso que se trata de visível afronta à gama de princípios constitucionais auferidos pelo nosso ordenamento jurídico, como dignidade, igualdade, liberdade e pluralidade familiar.

Finalmente, com o propósito de tornar palpável a temática sobre o caráter discriminatório do art. 1.790 do CC/2002, foram colhidas e analisadas jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, do Paraná e do Rio Grande do Sul, as quais não possuem entendimento unânime quanto à inconstitucionalidade, total ou parcial, do dispositivo em questão. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina interpretou ser inconstitucional o inciso III do referido dispositivo, assim como a Corte de Justiça do Paraná. Por outro lado, compreendeu o Pretório Gaúcho que a norma está de acordo com a Constituição. Ainda que se apresentem argumentos no sentido de que inexistem vícios no direito sucessório daqueles que convivem em união estável, pois se trata de instituto solenemente diferenciado do casamento, deveriam as Cortes de Justiça declarar a afronta à Constituição de 1988, eis que perfeitamente aplicáveis aos companheiros as normas referentes à sucessão do cônjuge.

Ante o exposto, mesmo que não sejam institutos familiares com requisitos idênticos, casamento e união estável são merecedores de um tratamento equiparado entre seus direitos sucessórios, em face da isonomia constitucional assegurada a todas as modalidades de família, seja ela matrimonial, ou não.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. Belém: Cejup, 1986.
- _____. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romana. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89, n. 773, p. 11-37, mar. 2000, p. 26.
- _____. Estatuto da família de fato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04.abr.2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10.jan.2016.
- BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em 08.abr.2016.
- BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm> Acesso em 08.abr.2016.
- BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em: 10.maio.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 536.589-9/01, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart, j. em 04.12.2009. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1980290/Acórdão-536589-9/01>>. Acesso em 10.abr.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2/0001.00, Órgão Especial, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 17.12.2014. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2008.064395-2/0001.00&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLLoAAI&categoria=acordao>. Acesso em 10.abr.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Incidente de Inconstitucionalidade n. 70055441331, Órgão Especial, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 24.02.2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055441331%26num_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+++++1.790+inmeta:dr%3DIncidente%2520de%2520Inconstitucionalidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em 10.abr.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Incidente de Inconstitucionalidade n. 70029390374, Órgão Especial, Rel. Des. Leo Lima, j. em 09.11.2009. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029390374%26num_processo%3D70029390374%26codEmenta%3D5682191+++++1.790+inmeta:dr%3DIncidente%2520de%2520Inconstitucionalidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70029390374&comarca=Jaguari&dtJulg=09/11/2009&relator=Leo%20Lima&aba=juris>. Acesso em 10.abr.2016.

ao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029390374%26num_processo%3D70029390374%26codEmenta%3D3486585+++++70029390374+inmeta:dr%3DIncidente%2520de%2520Inconstitucionalidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70029390374&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=09/11/2009&relator=Leo%20Lima&aba=juris>. Acesso em 10.abr.2016.

CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. RBDfam. Porto Alegre: Síntese, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões, vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CZAJKOWSKI, Rainer. União livre. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

DAL COL, Helder Martinez. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1975.

DIAS, Maria Berenice. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. Ajuris Porto Alegre, Associação dos Juizes do RS v.80, dez. 2000, p. 205–210.

_____. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Manual das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Sociedade de afeto: um nome para a família. Revista Brasileira de Direito de Família v.22. Porto Alegre: Síntese, fev. 2004, p. 32-37.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo Código Civil. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio - uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FONTANELLA, Patrícia. União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: Enunciados aprovados. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>> acesso em 03.mar.16.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Síntese de direito civil. Direito de família. Curitiba: JM Editora, 1997.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 12, 2002.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Curso de direito civil: direito das sucessões. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Basílio de. Direito alimentar e sucessório entre companheiros. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. A Nova Constituição e o Direito de Família / Áurea Pimentel Pereira – 2a edição – Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1991.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. Rio de Janeiro: Typ. da Tribunal Liberal, 1889.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Concubinato e união estável. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito das sucessões: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In* Direito, estado e sociedade, n. 5, p. 25-39, ago./dez. 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, *In* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

_____. Direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.